

**AFECTACIÓN DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES Y
CONVENCIONALES DE LAS PERSONAS MIGRANTES EN VIRTUD DEL
DICTADO DEL ‘DECRETO DE NECESIDAD Y URGENCIA 70/2017’¹**

AFFECTATION OF THE CONSTITUTIONAL AND CONVENTIONAL RIGHTS OF
MIGRANTS BY ‘DECRETO DE NECESIDAD Y URGENCIA 70/2017’

*Analía Yamile Sánchez Albelo**

Resumen: El fin del presente trabajo es señalar brevemente las modificaciones sufridas en materia de migración a través del Decreto de Necesidad y Urgencia 70/2017 (DNU 70/17) dictado en enero de 2017 y analizar cómo esas reformas colocaron al Estado Argentino entre el listado de países expulsores. Dicho decreto se ha dictado bajo la apariencia de ser garantista y respetuoso de los derechos humanos, pero que, sin embargo, a la hora de ser ejecutado en la realidad, el migrante colisiona con muchos inconvenientes y queda totalmente indefenso. Así, en ningún momento se contempla la situación de especial vulnerabilidad en la que se encuentran. Por lo tanto, se pretende reflexionar acerca de los derechos conculcados a través del uso del mecanismo de la *legalarbitrariedad*.

De manera paralela, la principal consecuencia de las políticas de devolución, rechazo y cierre de fronteras de los Estados expulsores es el quebrantamiento y distorsión de los propios cimientos del Estado de Derecho ante la negación de las garantías y los principios básicos de los migrantes. La reducción de sus derechos y libertades, la pérdida de garantías y trato desigual no sólo los convierte en ‘semipersonas’ sino que también da lugar a una situación inadmisibles para una sociedad democrática y un verdadero Estado de Derecho.

Palabras Claves: Personas migrantes - Decreto de Necesidad y Urgencia 70/2017 - Declaración de inconstitucionalidad – Afectación de derechos - Expulsión de extranjeros - Política migratoria

Abstract: The purpose of this paper is to briefly point out the changes suffered in terms of migration through the Decree of Need and Urgency 70/2017 (DNU 70/17) issued in January 2017 and analyze how these reforms placed the Argentine State among the list of countries that expel migrants. This decree has been issued under the guise of being a guarantee and respect for human rights. However, when it comes to being executed, the migrant collides with many inconveniences and is completely defenseless. The situation of special vulnerability isn’t contemplated. Therefore, it is intended to reflect on the rights violated through the use of the mechanism of *legalarbitrariness*.

¹ Artículo recibido el 15 de julio de 2019 y aprobado para su publicación el 2 de septiembre de 2019.

* Abogada por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba, adscripta a las Cátedras de Derecho Internacional Público y Derecho Internacional Privado de la misma casa de estudios y Especialista en Derechos Humanos y Estudios Críticos del Derecho por el Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales.

Likewise, the main consequence of the policies for the return, rejection and closing of borders is the breaking and distortion of the foundations of the rule of law due to the denial of the guarantees and the basic principles of migrants. The reduction of their rights and freedoms, the loss of guarantees and unequal treatment makes them ‘semi-people’ and also creates an inadmissible situation for a democratic society and a true rule of law.

Keywords: Migrants – Decree of Need and Urgency 70/2017 - Claim of unconstitutionality – Affectation of rights - Expulsion of foreigners - Immigration policy

I. Introducción

La política migratoria de un país está constituida por toda legislación, acto o medida que se refiera a la entrada, permanencia o salida de personas extranjeras en su territorio. En virtud de su soberanía, los Estados tienen reservada la potestad para dictar y aplicar normas que consideren oportunas en dicha materia. No obstante, el límite a tal discrecionalidad se encuentra en el resguardo y respeto a los derechos y garantías previstas en su normativa nacional y en los tratados internacionales. En caso de incumplimiento, ese Estado podría ser pasible de responsabilidad internacional.

La actual política migratoria internacional se simplifica en el binomio: dejar entrar/residir vs. expulsar (Silveira, 2017) y Argentina no ha sido ajena a esa dicotomía. Desde el año 2004 hasta el año 2017, dicho país construyó su política migratoria teniendo como base el respeto de los derechos humanos, con una ley considerada como modelo internacional a seguir (Amnistía Internacional, 2017). No obstante, a partir del mes de enero de 2017, cambió radicalmente su paradigma, regresando al viejo modelo de Estado expulsor (Silveira, 2012).

Por su parte, el rol desempeñado por las agencias estatales involucradas en el diseño de las políticas públicas securitarias se basa en construir el enemigo social, responsable de la inseguridad, a través de discursos beligerantes y el dictado de leyes violatorias de los derechos humanos, recurriendo para ello al ‘mecanismo de la *legalarbitrariedad*’ (Silveira, 2017). En estos casos, el objetivo central es la persona migrante, debido al paradigma de control y exclusión que asocia a la migración con la delincuencia y la inseguridad ciudadana.

Al mismo tiempo, el avasallamiento de los derechos humanos de los migrantes, el trato discriminatorio y las desigualdades reales que sufren, los colocan en una posición social inferior en comparación a los nacionales de cada Estado, lo que los ha llevado a ser considerados como ‘semipersonas’ (Silveira Gorski, 2012).

El fin del presente trabajo es señalar brevemente las modificaciones sufridas en materia de migración a través del Decreto de Necesidad y Urgencia 70/2017 (DNU 70/17) dictado en enero de 2017 y analizar cómo esas reformas colocaron al Estado Argentino entre el listado de países expulsores. Asimismo, se pretende reflexionar acerca de los derechos conculcados a través del uso de la *legalarbitrariedad*, lo que ha significado un importante

retroceso en los avances producidos en los últimos años. Todo ello teniendo en consideración los discursos políticos que intentan asociar a la delincuencia con la migración, colocando el fenómeno dentro del marco securitario, como una cuestión de seguridad nacional.

II. Antecedentes y motivaciones

En el mes de enero del año 2004, el Congreso de la Nación Argentina promulgó la Ley de Migraciones N° 25.871. Su sanción significó un gran avance en esta materia, ya que se reemplazó una ley de veintitrés años de antigüedad², que había entrado en vigencia con el último gobierno militar de facto. Una de sus principales características fue el reconocimiento del derecho a migrar, entendiéndolo como esencial e inalienable de la persona. El cambio de paradigma, concebido como un *“desplazamiento desde el enfoque estatocéntrico de la seguridad y control de fronteras hacia una perspectiva integral de derechos humanos, en la cual el migrante y su familia fueran el objeto principal de las intervenciones de gobierno”* (Domenech, 2013), fue gracias a la participación activa en el proceso de elaboración del proyecto legislativo, de distintos movimientos sociales, organizaciones, comunidades y representantes de los colectivos migrantes. Hubo una gran injerencia de la sociedad argentina, donde fueron atendidas las peticiones de la minoría extranjera (Piscitello, 2016).

La ley 25.871, considerada como una de las más avanzadas a nivel mundial, fue destacada por tratarse de un nuevo modelo para las políticas migratorias ya que partía desde otra visión del Estado: de ‘Estado-gendarme’ a Estado de derecho. Dicha ley, era acorde con lo que en el año 2010 promulgaría la Conferencia Sudamericana de Migraciones en el *“Plan Sudamericano de Desarrollo Humano de las Migraciones, contexto y perspectivas”*. Su base era el desarrollo humano de la persona migrante, entendido como *“la expansión de la libertad de las personas a vivir donde elijan hacerlo, incluyendo el acceso a la salud, educación, condiciones decentes de vivienda y trabajo, así como el ejercicio de una ciudadanía plena. Esta perspectiva implica, a su vez, una concepción de la gobernabilidad migratoria centrada en los derechos humanos de los migrantes, sea cual fuere su origen nacional, religioso o étnico; su no criminalización en función de su situación administrativa migratoria, y su no utilización como variable de ajuste de las economías o mercados de trabajo”* (Sassone y Yépez del Castillo, 2014). Asimismo, se ha considerado que esta legislación se encontraba fundamentada en la ideología de la llamada ‘gobernabilidad migratoria’ o *‘migration management’*, en la cual los flujos migratorios son clasificados en deseables e indeseables de acuerdo a su carácter ordenado/desordenado, voluntario/forzoso y reducido/masivo (Domenech, 2013).

A su vez, la principal característica de dicha normativa era que se encontraba centrada en los derechos humanos de las personas extranjeras (Piscitello, 2016). Así, era coherente con los compromisos asumidos por el Estado de Argentina mediante los tratados internacionales sobre derechos humanos. En este sentido, se resaltaba su adaptación a los

² Ley 22.439, Ley General de Migraciones y de Fomento a la Inmigración, conocida popularmente como Ley Videla.

actuales flujos de movilidad con una mirada realista del fenómeno; la búsqueda de la plena integración de los migrantes mediante el trato igualitario en las mismas condiciones de protección que gozan los nacionales; la garantía de la reunificación familiar; la garantía al acceso igualitario de los derechos elementales, tales como servicios públicos, salud, educación, asistencia jurídica gratuita, trabajo, asistencia social, entre otros.

No obstante, en enero del año 2017, por medio del dictado del DNU 70/17, Argentina regresó al viejo paradigma internacional caracterizado por el predominio políticas migratorias restrictivas, alegando la necesidad de protección de la seguridad ciudadana. Se ha considerado que dicha modificación ha significado inclusive una política regresiva (Caggiano, 2017).

Eduardo Domenech ha explicado estas iniciativas, resignificadas y adoptadas según las necesidades de cada contexto político nacional, expresado que: *“Bajo la cobertura ideológica de esta nueva perspectiva técnico-política se desarrolla una política de control con rostro humano: amparado en el discurso de los derechos humanos para obtener la legitimidad necesaria para su instrumentación, el control sobre la inmigración irregular desplaza (no elimina) formas restrictivas o coercitivas, pero no con el propósito de hacer efectivos los derechos humanos de los inmigrantes, sino para obtener mayores resultados en la administración eficaz de los flujos migratorios”* (Domenech, 2013).

Según puede advertirse de la simple lectura del Decreto, las motivaciones para dicha modificación fueron las siguientes: a) necesidad y urgencia en materia de seguridad nacional; b) crecimiento del crimen organizado internacional; c) prolongada extensión y duración de los procesos administrativos y judiciales lo cual repercute en la seguridad ciudadana; d) la permanencia de personas de otra nacionalidad con antecedentes penales que atenta contra el objetivo de la Dirección Nacional de Migraciones (DNM) de velar por el orden internacional y la justicia; e) las severas dificultades para concretar las órdenes de expulsión dictadas, debido al complejo procedimiento recursivo; f) la baja proporción entre la cantidad de expulsiones ordenadas y las concretadas efectivamente; g) la gran representación de población de nacionalidad extranjera intramuros, la cual asciende notoriamente en los delitos relacionados a la narcocriminalidad; h) la obligación del Estado de regular la política migratoria teniendo en especial consideración el bien común y el interés general de la sociedad; e i) la necesidad de implementar nuevas estrategias contra el delito y la violencia a fin de resguardar apropiadamente la seguridad pública.

De esta forma, queda evidenciada claramente la falaz asociación que realiza el Estado Argentino. Manifiestamente, relaciona la delincuencia con la migración y reduce la cuestión migratoria dentro de la orbite de las políticas securitarias.

En este punto, cabe mencionar que la modificación a la ley 25.871 se produjo en el marco de un conjunto de iniciativas llevadas a cabo por el gobierno actual sobre cuestiones de violencia y seguridad, que fueron acompañadas por enérgicos discursos de representantes políticos que justificaban tales medidas. Así, se pretendió instalar en el imaginario social y opinión pública la falaz idea de que migración e inseguridad son sinónimos.

A raíz de estos sucesos, el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), la Comisión Argentina para Refugiados y Migrantes (CAREF) y el Colectivo por la Diversidad (COPAD), decidieron presentar una acción de amparo colectivo en contra del Poder Ejecutivo Nacional, a fin de que se declare la nulidad del DNU 70/17. El fundamento radicaba en que era violatorio de las garantías mínimas del debido proceso, protección judicial efectiva, acceso a la justicia, igual protección ante la ley, no discriminación, libertad ambulatoria, entre otros. En primera instancia, el juez resolvió no hacer lugar a la acción interpuesta. No obstante, estableció que, en los casos de extranjeros que se encuentren en territorio nacional, la autoridad migratoria deberá hacerles saber, ante todo, que les asiste el derecho a la asistencia jurídica gratuita, si carecieren de medios económicos para procurársela ellos mismos en aquellos procesos administrativos y judiciales que puedan llevar a la denegación de su residencia legal o a la expulsión. Asimismo, estableció el derecho a un intérprete en el caso de que no comprendan o hablen el idioma nacional. De la misma forma, si el migrante carece de medios, las autoridades migratorias notificarán al defensor oficial en turno para que asuma la debida intervención, lo cual deberá constar en las actuaciones administrativas respectivas.

La mencionada sentencia fue apelada por el CELS, el Defensor del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires, el Defensor del Pueblo de la Provincia de Buenos Aires y el Fiscal General de Primera Instancia. De este modo, el día 23/03/2018 la Sala V de la Cámara Contencioso Administrativa Federal dictó una nueva resolución en la cual se hicieron lugar a las apelaciones aducidas, revocando la sentencia y declarando la invalidez constitucional del DNU N° 70/17.

Los principales argumentos de dicha resolución judicial versaron sobre el plazo de tres días previsto para interponer el recurso administrativo ante la DNM y para deducir el recurso judicial, señalando que la Corte Suprema ya había declarado inconstitucional dicho plazo para apelar una sanción contravencional por considerarlo exiguo y violatorio del debido proceso. Por ese motivo, la Cámara consideró que el término cuestionado vulneraba de manera manifiesta la garantía del debido proceso.

En segundo lugar, similares consideraciones se formularon con respecto a la “retención preventiva”, por cuanto se establece que *“podrá ser pedida en todo momento del procedimiento administrativo o del proceso judicial”* y si bien se dispone que *“el tiempo de retención no podrá exceder el indispensable para hacer efectiva la expulsión del extranjero”*, también expresa que *“las acciones o procesos recursivos suspenderán el cómputo del plazo de retención hasta su resolución definitiva”* (art. 21 de DNU 70/17 que sustituye el art. 70 de la Ley N° 25.871). En consecuencia, la privación de la libertad del migrante que debería tener la sola finalidad de hacer efectiva la orden de expulsión, se convierte de hecho en una detención arbitraria, debido a la extensa duración en la práctica de los procedimientos administrativos y judiciales. Por tal motivo, los jueces consideraron que el precepto cuestionado era manifiestamente arbitrario.

En tercer término, con respecto a la otorgación de la dispensa como facultad exclusiva de la DNM, no pudiendo ser judicial, la Cámara de Apelaciones resaltó que la reunificación

familiar derivada de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, como todo derecho es susceptible de ser reglamentado razonablemente, pero de ninguna forma puede ser sustraído del control judicial. De esta forma, la prohibición de que los jueces conozcan sobre ese aspecto del cual depende la resolución del procedimiento migratorio, no se ajusta a los estándares constitucionales básicos y es manifiestamente contrario al derecho de defensa en juicio.

Por otra parte, la Cámara advirtió que el Decreto N° 70/2017 contenía un vicio en su finalidad ya que, según sus fundamentos, vinculaba la condición de extranjero con la criminalidad, especialmente con la narcocriminalidad. No obstante, el procedimiento especial sumarísimo regulado pretendía aplicarse a todas las personas migrantes, sin distinción del tipo de delito cometido. Así, los jueces afirmaron que se verificaba una desviación de poder, perpetuando la situación de sometimiento de todos los migrantes.

Lamentablemente, el procedimiento judicial continúa y se encuentra a la espera de que se pronuncie la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ya que la parte demandada (la DNM) interpuso un recurso extraordinario federal, a fines de que se revoque la sentencia de la Cámara Federal y se confirme la legitimidad del DNU 70/17.

Por último, es importante tener en cuenta que varias Cámaras Federales de distintas provincias argentinas han declarado la inconstitucionalidad o inaplicabilidad de distintos artículos del DNU en casos concretos que han llegado a su jurisdicción³.

III. El DNU 70/17. Principales reformas

Las principales modificaciones a la ley 25.871 pueden reducirse de la siguiente manera: a) aumento de impedimentos y restricciones para el ingreso y permanencia de extranjeros al país, así como causales para la cancelación de las residencias otorgadas; b) instauración de un proceso sumarísimo con plazos muy breves para lograr la expulsión; c) reducción de los derechos de los migrantes, entre ellos, el debido proceso y defensa; d) ampliación del espectro de delitos para los cuales se prohíbe el ingreso o permanencia o se cancela la residencia, incluyendo todos los que contemplan pena de privación de la libertad, sin distinción alguna (lo que incluiría contravenciones); e) eliminación de la dispensa de la reunificación familiar y arraigo y facultad de la DNM de otorgarla discrecionalmente sólo en los casos previstos; y f) modificación de los plazos de vigencia de retención de los migrantes a fines de su expulsión.

Tal como se dejó entrever en las motivaciones del DNU anteriormente expuestas, el principal objetivo de esta reforma, imitando las legislaciones europeas, es lograr llevar a cabo la mayor cantidad posible de expulsiones al menor costo posible (Silveira, 2017). Así, se procura evitar el ingreso de personas extranjeras, simplificar los procesos de expulsión y reducir las dispensas y excepciones que puedan plantear los migrantes para su defensa.

³ Para mayor detalle, ver fallos: Cámara Federal de La Plata. (20 de marzo de 2018) “Calzado Amaro, Carlos c/ Dirección Nacional de Migraciones s/ recurso directo”, Expte. FLP 61187/2017/CA1; y Cámara Federal de Salta, Sala II. (9 de febrero de 2018) “Ortiz María Antonia c/ Dirección Nacional De Migraciones s/ Orden de Retención” EXPTE. No 14737/2017/CA1.

IV. Principales derechos constitucionales y convencionales afectados por el ‘mecanismo jurídico de la *legalarbitrariedad*’ a través del dictado del DNU 70/17. Consideraciones sobre el cambio de paradigma en la política migratoria argentina.

Varios son los derechos, principios y garantías que fueron incorporados al bloque constitucional y convencional tras la reforma de la Constitución Nacional de 1994, que se ven conculcados con la entrada en vigencia de este DNU. Siguiendo al sociólogo Abdelmalek Sayad, se podría afirmar que dicho decreto reafirma la idea de que la expulsión se encuentra contenida necesariamente en la condición misma del migrante.

Así, en primer lugar, se afecta el derecho al debido proceso, acceso a la justicia, derecho al recurso y a la tutela jurisdiccional efectiva. Con la implementación de un proceso sumarísimo, tras emitir la DNM una orden de expulsión, se le otorga el exiguo plazo de tres días al migrante para recurrirla en sede administrativa mediante el recurso jerárquico. Contra dicha resolución, se tiene por agotada la vía administrativa y el extranjero tiene un irrisorio plazo de tres días para interponer el recurso judicial. En consecuencia, no sólo se acotan los plazos estipulados en detrimento del derecho de la persona, sino que también se disminuye la cantidad de recursos que puede interponer en sede administrativa. Antes de la reforma, el extranjero contaba con quince días para interponer el recurso jerárquico y treinta días para el judicial. En cambio, en la actualidad, en el acotado plazo de tres días, el migrante debe conseguir patrocinio letrado, recolectar la prueba pertinente y armar su defensa.

De esta forma, el DNU enuncia que se le reconocen derechos y garantías al migrante, pero luego se establecen plazos que claramente son ilusorios e inefectivos para cumplirlos. Las exigencias contenidas en la norma invalidan cualquier instrumento de defensa que pretenda esgrimir el migrante (Silveira, 2017). Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha pronunciado que “...*los Estados deben asegurar, en su ordenamiento jurídico interno, que toda persona tenga acceso, sin restricción alguna, a un recurso sencillo y efectivo que la ampare en la determinación de sus derechos, independientemente de su estatus migratorio*” (Corte IDH, OC 18/03, 2003). En el mismo sentido, en su jurisprudencia destacó que la inexistencia de un recurso efectivo constituye una transgresión por parte del Estado, especificando que por recurso efectivo debe entenderse no sólo la previsión legislativa, sino la real idoneidad, debido a que “*no pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios*” (Corte IDH, Caso “Cinco pensionistas” vs. Perú, 2003). Así, no basta con que el acceso a la justicia sea sólo formal, sino que debe ser real.

En el mismo orden de ideas, la Corte IDH ha manifestado en su Opinión Consultiva sobre la Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados la relación existente entre el derecho a la igualdad, igual protección de la ley, no discriminación y debido proceso. Al respecto, ha señalado que “...*para que exista ‘debido proceso legal’, es preciso que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables. Para alcanzar sus*

objetivos, el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. Es así como se atiende al principio de igualdad ante la ley y los tribunales y a la correlativa prohibición de discriminación”. Agrega: “...La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses” (Corte IDH, OC 18/03, 2003).

Por otra parte, cabe destacar que resulta entendible el argumento esgrimido por el gobierno argentino en cuanto es necesario avanzar hacia procedimientos que respeten el principio del plazo razonable. No obstante, las modificaciones para agilizar los procesos, no puede realizarse en detrimento de los derechos de las personas migrantes, máxime si se tiene en cuenta que constituyen la parte más débil de la relación. Una accionar contrario, los convertiría en ‘*semipersonas*’ o ‘*no personas*’, como explica el autor español Silveira (2012): “*Junto a estos derechos, libertades y garantías la persona migrante se encuentra con otras disposiciones normativas que regulan medidas de control y sanción y que la discriminan o excluyen de la comunidad en la que habita. Estas leyes, con sus correspondientes prácticas administrativas, constituyen un subsistema jurídico en el que el migrante es tratado como una “semipersona” o incluso como una nopersona en los procedimientos de internamiento y expulsión del territorio*”. Agrega: “*La condición de extranjero sigue actuando como una barrera infranqueable en los Estados-nación al reconocimiento del migrante como un sujeto con plenos derechos y que no puede ser discriminado por su origen étnico o su procedencia en cumplimiento del principio de igualdad*”. Sobre este punto, se resalta que es obligación del Estado tratar al migrante como un verdadero sujeto del proceso y no simplemente como un objeto del mismo (Corte IDH, Caso “Vélez Loor” vs. Panamá, 2010).

Siguiendo con la enumeración, es preciso señalar que el DNU también viola el principio de inocencia (art. 8.2 de la CADH), ya que se desnaturaliza el concepto de ‘*antecedentes penales*’ en detrimento y perjuicio de los migrantes. De esta forma, entiende por antecedente a “*todo auto de procesamiento firme, cierre de la investigación preparatoria o acto procesal equiparable*”⁴, sin necesidad de que la persona tenga una condena firme, bastando tan sólo una causa abierta a su nombre. En este punto, se puede ver nuevamente la contradicción de la norma: si el objetivo es reducir la delincuencia, no tiene sustento que se le niegue el ingreso o se ordene la expulsión a personas que formalmente son inocentes, hasta que un juez sentencie lo contrario.

Asimismo, conforme la modificación introducida por el DNU 70/17, la existencia de una sentencia firme condenatoria dictada en el extranjero habilita la expulsión de la persona migrante. Sin embargo, dicha expulsión no debería realizarse en todos los casos ni con prescindencia de otras circunstancias relevantes. En este sentido se ha expedido en varias ocasiones el Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁵, declarando en numerosas

Actual art. 29 de la Ley 25.871, modificado por el art. 4 del DNU 70/17.

⁵ Para mayor detalle, ver sentencias del TEDH en los casos “Boultif c. Suiza”, sent. del 2-8-2001 y “Yilmaz c. Alemania”, sent. del 17-4-2003.

oportunidades que incumbe a los Estados asegurar el orden público, en particular en el ejercicio de su derecho de controlar la entrada y la residencia de los no nacionales. Por esta razón, si bien tienen la facultad de expulsar a los extranjeros, es preciso señalar que dicha medida debe ser necesaria y proporcionada al fin legítimo perseguido cuando vulnera derechos fundamentales de los extranjeros involucrados. En consecuencia, la DNM no debería simplemente verificar la existencia de una condena penal en el extranjero para dictar automáticamente la expulsión, sino que debe considerar la gravedad de la conducta endilgada, el tiempo de radicación en el país, la existencia de lazos familiares y laborales, entre otras circunstancias.

A su vez, la modificación que amplía la gama de delitos tampoco resulta razonable con el fin perseguido, debido a que incluye todos los que tengan pena privativa de libertad, aunque sean simples contravenciones, delitos menores o culposos. Este es un claro ejemplo del tipo de norma que tiene un rol primordial en la formación del ‘mecanismo de la *legalarbitrariedad*’, entendiendo por tal al “*mecanismo que se forma en el subsistema jurídico de extranjería español con el fin de llevar a cabo los procedimientos de expulsión de personas inmigrantes. Como mecanismo jurídico surge y es el resultado de la interacción entre la legislación de extranjería, el conjunto de las decisiones administrativas y judiciales y las acciones (y no acciones) del inmigrante y de su abogado. Asimismo facilita que la policía aplique con más eficacia los procedimientos de expulsión*” (Silveira, 2017).

Otro de los derechos vulnerados es el derecho a la defensa. El nuevo art. 86 dispone que para acceder a la asistencia jurídica pública y gratuita, el migrante deberá requerirlo expresamente y acreditar ante la DNM la falta de recursos económicos. En caso de no hacerlo, la norma prescribe que se continuará con el procedimiento sin más trámite. De esta forma, se viola el derecho de defensa que goza una persona para todo tipo de procedimiento, sea administrativo o judicial, y de índole civil, penal, laboral, fiscal o de otro carácter. La Corte IDH (Corte IDH, Caso de la “Panel Blanca” (Paniagua Morales y otros) vs. Guatemala, 1998) destaca el carácter irrenunciable del derecho a ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado. Específicamente, en la Opinión Consultiva 18/03 asevera que “[se] vulnera el derecho a las garantías y a la protección judicial (...) por la negativa de la prestación de un servicio público gratuito de defensa legal a su favor, lo cual impide que se hagan valer sus derechos en juicio... [ya que]...el Estado debe garantizar que el acceso a la justicia sea no solo formal sino real” (Corte IDH, OC 18/03, 2003).

Por otra parte, también se afecta el principio de la reunificación y unidad familiar. El decreto reduce notoriamente la aplicación de la dispensa por la invocación de este principio, así como también lo somete al ámbito exclusivo de discrecionalidad de la DNM para otorgarlo, sustrayéndolo de la posibilidad de control judicial.

Por último, también cabe mencionar que se violan los derechos a la libertad ambulatoria y prohibición de detención (‘retención’ en este caso) arbitraria, cuyos análisis pormenorizados lamentablemente exceden el marco del presente trabajo.

En todos estos casos señalados, se configura lo que el autor Héctor Silveira (2017) ha llamado ‘mecanismo jurídico de la *legalarbitrariedad*’, entendido como un punto intermedio

sutil entre la discrecionalidad y la arbitrariedad. Su principal objetivo radica en controlar la migración irregular.

La característica primordial de este dispositivo reside en reconocer normativamente al migrante una serie de garantías básicas de todo Estado de Derecho. Sin embargo, por medio del actuar de los aparatos administrativos, en este caso, de la DNM, se le dificulta su real acceso y goce. Evidente ejemplo lo constituye el mencionado proceso sumarísimo instaurado por el DNU y la limitación impuesta a los jueces para otorgar la dispensa por reunificación familiar. De la misma forma, lo dispuesto por art. 86, referente al derecho de defensa, ya que “[el] hecho de que la expulsión se realice sin que el inmigrante haya podido tener la asistencia de un abogado es un claro ejemplo de legalarbitrariedad.” (Silveira, 2017).

Así, la delineación del DNU 70/17 ha sido clave para dar lugar al nacimiento de este mecanismo jurídico en Argentina. De la misma forma, han coadyuvado a este surgimiento, las órdenes de control y sanción en aras de la seguridad nacional, que el gobierno ha impuesto a través de temerosos artefactos de coacción en diversas instituciones, convirtiendo al Estado de Derecho en un Estado expulsor.

El prof. Sánchez Sandoval (2016) explica las distintas adjetivaciones que puede tener el sustantivo ‘seguridad’, indicando que el fin siempre será el control social, concebido como la obligación impuesta a los ciudadanos a seguir y actuar conforme los parámetros fijados por el proyecto hegemónico de los grupos dominantes, bajo la amenaza de la coerción por parte de los aparatos represivos estatales. En este punto, es ilustrativo lo que señalan las autoras Sassone y Yépez del Castillo, al afirmar: *“Mientras la migración es necesaria, puede distribuir progreso y bienestar tanto en los países de origen como en los de destino. Pero, cuando alguna variable económica o política sucumbe (con la crisis global fueron varias las que lo hicieron simultáneamente), puede poner en riesgo la cohesión social, la seguridad y la soberanía, en especial para las ya afectadas familias migrantes; como consecuencia, hay que intervenir –y esto significa controlar– en los flujos migratorios, con lo cual la política del securitización se profundiza o aparecen los programas de retorno. Otra postura crítica, desde su pluridimensionalidad, es la que ve la migración internacional como resultado de un mundo de desigualdades que impele a las poblaciones a desplazarse, con lo cual la exclusión, la marginación y la vulnerabilidad se asocian y se retroalimentan negativamente”* (Sassone y Yépez del Castillo, 2014).

A las políticas de eficiencia basadas en lograr la mayor expulsión de extranjeros bajo el menor costo posible, se les suman las ideologías, manifestaciones de xenofobia y discursos políticos que promocionan tales prácticas y alientan el dictado de distintas regulaciones legislativas del tenor del mencionado Decreto 70/17.

El prof. Silveira (2017) señala que, para conseguir la ansiada eficiencia, los poderes públicos, representados en este caso por el Poder Ejecutivo, requieren el dictado de una determinada disposición legal que verse sobre los procedimientos de expulsión. La misma debería ser ‘respetuosa’ de los mínimos derechos y garantías reconocidos internacionalmente, pero, a su vez, ser lo máximo flexible para su ejecución por los aparatos

estatales. En efecto, ello es lo que dificultaría que el migrante pueda ejercer eficazmente su derecho de defensa ante tales medidas de expulsión.

La movilidad humana es un fenómeno complejo que *“envuelve múltiples dimensiones, frente al cual se han generado diferentes categorías clasificatorias, con implicancias tanto en el tratamiento que adoptan los Estados y actores involucrados como en la vida misma de los sujetos migrantes”* (Clavijo y Sabogal, 2014). A raíz de lo explicado, todos los tratos discriminatorios mencionados, sumados a la restricción de sus derechos humanos, convierten a los migrantes en ‘semipersonas’ (Silveira Gorski, 2012). El Dr. Domenech afirma que colocar a los migrantes *“(…) como sujetos en el lugar de la “ilegalidad” (o su equivalente “irregularidad”, término utilizado con aires de neutralidad, extirpándole la idea de “delito”, pero que no deja de ubicarlos en el lugar de la falta, el error, la infracción), como transgresores de las leyes del Estado, es uno de los modos más violentos de legitimar la desigualdad y la exclusión de quienes han sido producidos histórica y socialmente como sujetos indeseables”* (Domenech, 2013).

En este punto, en ningún momento el Decreto 70/2017 contempla la situación de especial vulnerabilidad en la que se encuentran las personas migrantes. Muchas y variadas son las desigualdades reales que sufren estas personas, que se manifiestan principalmente en la incapacidad de hablar y entender el idioma español, el desconocimiento del sistema jurídico y judicial argentino y la imposibilidad de reunir pruebas en su país de origen que coadyuven en su defensa. Al respecto, la Corte IDH ha resaltado la imperiosa necesidad de compensar las condiciones de desigualdad real en la que se encuentran los migrantes mediante la adopción de medidas y políticas que aseguren el efectivo goce del acceso a la justicia, tutela judicial y debido proceso adjetivo. De esta forma, lo que se pretende es reducir y sortear los obstáculos y privaciones que obstan una defensa eficaz (Corte IDH, OC 18/03, 2003). En este punto, debe tenerse en cuenta lo expresado en las “Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad”, por medio del cual específicamente se contemplan como causales de vulnerabilidad, la migración y el desplazamiento.

De manera paralela, la principal consecuencia de las políticas de devolución, rechazo y cierre de fronteras de los Estados expulsores es el quebrantamiento y distorsión de los propios cimientos del Estado de Derecho ante la negación de las garantías y los principios básicos de las personas migrantes. La reducción de sus derechos y libertades, la pérdida de garantías y trato desigual no sólo los convierte en ‘semipersonas’ sino que también da lugar a una situación inadmisibles para una sociedad democrática y un verdadero Estado de Derecho.

V. Reflexiones finales

Toda la comunidad internacional ha enfatizado la necesidad de adoptar medidas especiales para asegurar la protección de los derechos humanos de los migrantes. Tras el dictado del DNU 70/17, Argentina lamentablemente ha desoído tales pedidos y directivas. Los objetivos de las políticas migratorias deben tener presente el respeto por los derechos

básicos. Las distinciones que los Estados establezcan deben ser objetivas, proporcionales y razonables (Corte IDH, OC 18/03, 2003). Un Estado no puede condicionar la observancia de estos derechos a la consecución de sus políticas públicas en materia migratoria.

Por todo lo expuesto, se puede concluir que el DNU 70/2017 constituye claramente lo que el autor Silveira (2017) ha denominado *legalarbitrariedad primaria*. En este sentido, se ha dictado bajo la apariencia de ser garantista y respetuoso de los DDH, pero a la hora de ser ejecutada en la realidad, el migrante colisiona con muchos inconvenientes quedando totalmente indefenso. El resultado termina siendo indefectiblemente la violación de sus derechos y su expulsión del país.

Así, siguiendo las palabras del prof. Domenech, “(...) *la construcción de la figura social del inmigrante queda signada por una visión dualista que lo concibe en términos negativos o positivos, ya sea atribuyéndole la responsabilidad de los problemas sociales o económicos del país, ya sea rescatando su contribución al crecimiento económico o su aporte al ‘enriquecimiento cultural’*”. Dadas las consideraciones expuestas acerca de la actual política migratoria argentina, se podría afirmar que las personas extranjeras “(...) *sólo pueden ser aceptados cuando su presencia lo amerita: siempre y cuando constituyan una contribución, un aporte o una ventaja para las sociedades en las cuales decidieron desarrollar sus vidas. Esta visión promueve la idea de que la presencia es legítima en tanto sus efectos sean “positivos” o ilegítima en tanto sean “negativos” para las sociedades de inmigración o emigración*” (Domenech, 2013).

Afortunadamente, la resolución de fecha 23/03/2018 de la Cámara Contencioso Administrativa Federal que declaró la invalidez constitucional del DNU 70/17, otorga esperanzas de que sea confirmada por el más alto tribunal y, así, el Estado argentino retome el anterior paradigma que considera el *ius migrandi* como derecho fundamental de todo ser humano, garantizando de esta forma el real cumplimiento de los derechos humanos de todas las personas, incluyendo obvia y especialmente a los migrantes.

VI. Bibliografía

- 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>
- Caggiano, S. (24 de julio de 2017). La nueva política migratoria argentina: control y exclusión. *El país*. Recuperado de https://elpais.com/elpais/2017/07/24/contrapuntos/1500861895_103072.html
- Cascone, A. (2017) Inconstitucionalidad de la modificación del artículo 86 de la ley N° 25.871 a través del DNU 70/17. *Estudios sobre Jurisprudencia*. Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia. Ministerio Público de la Defensa. Recuperado de <https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/Estudios/2017.4.%20Inconstitucionalidad%20de%2>

[01a%20modificaci%C3%B3n%20del%20art.%2086%20de%20la%20ley%2025.871.pdf](#)

- Clavijo, Janneth y Sabogal, Juan Carlos (2014). La figura del refugio en el contexto sudamericano: el proceso de integración regional del Mercosur. *Estudios Migratorios Latinoamericanos*. Año 27-28. Julio 2013- junio 2014. Número 75-76.
- Comisión IDH (31 de diciembre de 2015) Derechos humanos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazados internos: Normas y estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.
- Corte IDH (8 de marzo de 1998) Caso de la “Panel Blanca” (Panigua Morales y otros) vs. Guatemala. Serie C No. 37.
- Corte IDH. (17 de septiembre de 2003) Opinión Consultiva OC- 18/03. Condición Jurídica y derechos de los migrantes indocumentados.
- Corte IDH. (23 de noviembre de 2010) Caso “Velez Loor” vs. Panamá. Serie C No. 218.
- Corte IDH. (28 de febrero de 2003) Caso “Cinco pensionistas” vs. Perú. Serie C N° 98.
- Domenech, Eduardo (2013). “Las migraciones son como el agua”: Hacia la instauración de políticas de “control con rostro humano” La gobernabilidad migratoria en la Argentina. *Polis. Revista Latinoamericana*. 35 | 2013. Recuperado de <http://polis.revues.org/9280>
- Juzgado Contencioso Administrativo 1. (18 de octubre de 2017), Sentencia “Centro de Estudios Legales y Sociales y otros c/ EN- DNM s/ amparo ley 16.986”, Expte. 3061/2017. (Ernesto L. Marelli).
- Piscitello, D. (Coord.), Guerreño López, M., Niella, P., Pusiol, D. (2016). *Derechos humanos y migración internacional en Córdoba: Derechos consagrados, situación de goce y/o vulneración efectiva, propuestas de acción*. Córdoba: EDUCC; Ginebra: Organización Internacional para las Migraciones.
- Sánchez Sandoval, A. (2016). La seguridad depredadora de derecho y de hecho. En *Seguridad Nacional y Derechos Humanos*. Facultad de Estudios Superiores Acatlán, Universidad Nacional Autónoma de México.
- Sassone, Susana M. y Yépez del Castillo, Isabel (2014). Crisis global y el sistema migratorio Europa-América Latina. *Revista CIDOB d’Afers Internacionals*. n.106-107, p. 13-38.
- Silveira Gorski, H. (2012). Biopolítica de Estados expulsores. *Política y Sociedad*, Vol.12 N°3.
- Silveira Gorski, H. y Riveras Beiras, I. (2009). La biopolítica contemporánea ante los flujos migratorios y el universo carcelario. Una reflexión sobre el regreso de los “campos” en Europa. *Rastros y rostros de la biopolítica*, Ed. De Mendiola, Barcelona.
- Silveira, H. (2017). La *legalarbitrariedad* como mecanismo jurídico de control de la inmigración irregular. *Revista Crítica Penal y Poder*, N° 12, pp. 34-54.

