

Reformas de la política migratoria argentina (2017-2021)

Lisandro Martín Brega¹

Resumen

El 4 de marzo de 2021 se publicó en el Boletín Oficial el Decreto n.º 138/2021 cuya finalidad es la derogación del DNU 70/2017, el que modificaba la Ley Migratoria Nacional 25.871.

El derecho a la migración es esencial e inalienable de la persona, y se garantiza sobre la base de los principios de igualdad y universalidad. Corresponde incorporar los principios internacionalmente reconocidos hacia las personas de los migrantes en el momento donde pueda existir sospecha de que se encuentran desprotegidos.

Palabras clave

Ley Migratoria Nacional — DNU 70/127 — decreto 138/2021 — migrantes

Introducción

El 4 de marzo de 2021 se publicó en el Boletín Oficial el Decreto n.º 138/2021² cuya finalidad es la derogación del DNU 70/2017³, el que modificaba la Ley Migratoria Nacional 25.871⁴. Es decir que luego de poco más de cuatro años, dejó de existir el mencionado DNU 70/2017. Un DNU que desde su génesis despertó distintas miradas y opiniones que cruzaban el campo no solo jurídico, sino también político y social.

DNU 70/2017

¹ Abogado. Prosecretario Administrativo en la Justicia Federal y profesor de Derecho de las Obligaciones en la Universidad Nacional de Lomas de Zamora. Correo electrónico: lbrega@gmail.com

² <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/241471/20210305>

³ <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/158336/20170130>

⁴ <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=92016>

El DNU 70/2017 modificaba aspectos sustanciales de la Ley Nacional de Política Migratoria. A saber:

— Art. 2, donde achicaba a la mitad los días de validez de la residencia precaria. Residencia que se otorga hasta tanto los extranjeros admitidos para ingresar y permanecer en el país obtengan la categoría de residente permanente, temporario o transitorio. El plazo mutaba de 180 días corridos a 90 días renovables hasta la resolución de la admisión solicitada. Recordando que la residencia precaria no resulta residencia válida a los efectos del arraigo necesario para obtener la residencia permanente o para adquirir la nacionalidad por naturalización.

— Art.3, en el que se delegaba a la Dirección Nacional de Migraciones (DNM) toda la potestad de otorgar un “permiso de permanencia transitoria” de 90 días renovables hasta tanto se resuelvan los recursos administrativos o judiciales contra medidas de declaración de irregularidad de los extranjeros admitidos para ingresar y permanecer en el país.

— Art.4, donde aparecía por primera vez la palabra “dispensa” como facultad en cabeza de la DNM de admitir al extranjero en el caso que se invoquen razones humanitarias, de reunificación familiar y el auxilio eficaz a la justicia. Siempre el migrante debía agregar las pruebas que verifiquen la convivencia del grupo familiar, sostén económico y afectivo que invoca a los fines de la reunificación. La facultad era amplia y las razones de invocación de la dispensa eran muy generales dando lugar a debate sobre el modo de llevar adelante dicha potestad.

— Art 5, en el que se imponía al migrante el deber de informar un domicilio en el país. En caso de no constituirlo o si el que constituye no existía, los actos emanados por la DNM se tenían por notificados de pleno derecho en el término de solo dos (2) días hábiles desde que se emitían. Es claro que un domicilio fijo y la posibilidad de acceder a una vivienda estable es uno de los mayores problemas que tienen los migrantes al ingresar a nuestro país.

— Art 6, donde nos volvía a traer la dispensa que otorgaba la DNM, en este caso referida a la cancelación de la residencia otorgada y eliminando el efecto suspensivo de esa cancelación. Se endurecía la postura de cancelación de residencia en los casos en que el

migrante sea condenado en el país o en el exterior o mismo sin condena, con el solo procesamiento firme por distintos delitos.

Sumado a esto, se incorporaba como novedad el proceso migratorio expedito. El mismo daba la posibilidad de interponer un recurso administrativo jerárquico ante las resoluciones dictadas por la DNM que debía resolver la misma institución. Agotada esa vía administrativa, el migrante podía acudir a una doble instancia judicial (juez de primera instancia y Cámara Federal). Todo este proceso se desarrollaba en el exiguo plazo de tres (3) días hábiles en todas sus instancias. Además se establecía un plazo en los casos en que, ordenada la retención, firme la orden de expulsión de 30 días.

Consecuencias durante la vigencia del DNU 70/2017

Ante las diversas modificaciones introducidas por el DNU 70/2017 y habiendo observado el mismo en la práctica diaria se pueden realizar diversas afirmaciones.

— El solo tener antecedentes era una causal para la negación de ingreso o permanencia en el país. Eso no significaba necesariamente tener una condena, sino que era suficiente un procesamiento firme.

— Cualquier delito menor, como una infracción a la ley de marcas, ser detenido en una marcha, haber provocado un accidente de tránsito, o personas que ya habían cumplido su pena y, por lo tanto, estaban en libertad, podían ser expulsadas.

— Solo se podía acceder a la dispensa en caso de un delito doloso (es decir, cometido con intención) con una pena de prisión de no más de tres años o en caso de delitos culposos (es decir, con negligencia), cuando la persona extranjera fuera padre/madre, hijo o cónyuge de un ciudadano argentino. Además, se debía acreditar la convivencia y la dispensa solo podía ser otorgada por la Dirección Nacional de Migraciones y no por vía judicial.

— El “procedimiento migratorio especial sumarísimo” otorgaba a las personas a quienes se les había dictado la expulsión del país solo tres (3) días hábiles para apelar la medida.

Asimismo, creció exponencialmente la litigiosidad migratoria y por ende las expulsiones de una gran cantidad de migrantes. A modo de ejemplos, en el año 2018 se expulsaron 520 personas, cuando en todo 2015 habían sido 239 y en 2014, 340⁵. Entre enero de 2018 y septiembre de 2019 se dictaron órdenes de expulsión a 2.809 personas por ingreso irregular, y otras 2.128 por irregularidades en sus trámites migratorios. También se ordenó la expulsión de 2.310 personas con condena no firme o antecedentes por cualquier delito, y 1.642 por condenas no firmes por tráfico de estupefacientes, entre otros delitos⁶.

Estas afirmaciones y los datos mencionados se sumaron a la discusión de si una modificación a la política migratoria de un país debía ser a través de un DNU, sin pasar por el debate parlamentario necesario. Todo esto hizo que instituciones como el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) y la Comisión Argentina para Refugiados y Migrantes (CAREF), entre otras, plantearan ante la justicia la inconstitucionalidad del decreto.

Sus argumentos se basaban en que el DNU modificó las condiciones para la defensa legal durante el trámite administrativo y judicial de deportación: cambió el régimen de recursos administrativos, el sistema de notificaciones y limitó la posibilidad de alegar el derecho a unidad o reunificación familiar y a la asistencia jurídica gratuita.

A partir del decreto, el migrante que intentaba discutir una decisión administrativa de expulsión tenía tres días para conseguir un abogado, analizar los cargos en su contra, definir una estrategia de defensa, recolectar documentos sobre sus proyectos de vida o familia e identificar testigos que puedan dar testimonio de su condición migratoria. De esta forma, no existían condiciones de igualdad para el acceso a la justicia de las personas migrantes alcanzadas por el procedimiento. A su vez, la norma introdujo modificaciones que impactan en la libertad ambulatoria de los migrantes sometidos al proceso inmediato de deportación.

Ante la presentación de inconstitucionalidad del decreto 70/2017, el fallo de la sala v de la Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal trajo un poco de luz al tema planteado. Le dio la razón a las organizaciones y dictó la inconstitucionalidad de este.

⁵ <https://chequeado.com/el-explicador/migrantes-que-cambio-el-decreto-de-macri-y-que-implica-su-derogacion/>

⁶ <https://www.ppn.gov.ar/index.php/institucional/noticias/2321-nuevo-informe-ante-la-onu-por-personas-extranjeras-privadas-de-libertad>

El tribunal consideró que no había elementos que justificaran la necesidad de hacerlo vía decreto. Dos de los tres magistrados señalaron, además, que el decreto “establece una serie de restricciones al derecho al debido proceso que no se compadecen con los fines que declara perseguir la norma”. Sus fundamentos fueron:

— El decreto restringe la posibilidad de un control judicial eficiente sobre los actos de autoridad administrativa buscando que migraciones sea el intérprete final de la normativa desconociendo las facultades judiciales en materia de revisión de los actos administrativos y el deber del estado de proporcionar una tutela administrativa y judicial efectiva (fallo 327:4185 C.S.J.N.). Un ejemplo de esto es el otorgamiento de dispensa como facultad exclusiva de la DNM que admita al extranjero en el caso que se invoquen razones humanitarias, de reunificación familiar y el auxilio eficaz a la justicia.

— El decreto viola el derecho a la libertad personal que consagra el art.7 de la Convención Interamericana de los Derechos Humanos en cuanto a la orden de retención del extranjero por treinta (30) días hasta tanto se ordene la expulsión demostrando la arbitrariedad de privar la libertad de las personas hasta tanto se da cumplimiento con la medida de expulsión.

— El procedimiento migratorio expedito que otorga solo tres días para interponer recursos es exiguo y violatorio del debido proceso (fallo 333:1891 C.S.J.N.) y del art.8 de la Convención Interamericana de los Derechos Humanos. Con este procedimiento se le quita al migrante las garantías mínimas de defensa en juicio, a ser oído por el tribunal, la imposibilidad de defenderse con patrocinio letrado, de producir pruebas salvo dispensa y de ser retenido por un tiempo indebido hasta tanto se resuelva su situación⁷.

El caso actualmente está en manos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) pendiente de resolución.

Decreto 138/2021

⁷ <http://scw.pjn.gov.ar/scw/expediente.seam?cid=5151728>

Siguiendo la línea del fallo mencionado precedentemente, el decreto 138/2021 en su considerando menciona que el DNU 70/2017 tiene aspectos de fondo irreconciliables con nuestra carta magna entre los que menciona:

[...] la violación al principio del debido proceso, al derecho a contar con asistencia y defensa legal, la restricción a un control amplio y suficiente del poder judicial sobre los actos de la autoridad administrativa, la amplitud con la que se prevé la retención preventiva del y de la migrante sin definir las causas que la habilitan y la restricción a los derechos de reunificación familiar y dispensa por razones humanitarias [...]

Asimismo nombra a la Corte Interamericana de Derechos Humanos en cuanto ha sido enfática con relación a la protección de los y las migrantes, señalando que los estados deben respetar sus derechos humanos y garantizar su ejercicio y goce a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción, sin discriminación alguna por su regular o irregular estancia, nacionalidad, raza, género o cualquier otra causa; existiendo límites a la aplicación de las políticas migratorias que imponen un apego estricto a las garantías del debido proceso y al respeto de la dignidad humana, cualquiera que sea la condición jurídica del o de la migrante (Caso Vélez Loor vs. Panamá, sentencia del 23 de noviembre de 2010, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas; y Caso de Personas Dominicanas y Haitianas Expulsadas vs. República Dominicana, sentencia del 28 de agosto de 2014, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

Por ende, en su artículo 1 deroga el decreto 70/2017, en su artículo 2 restituye la vigencia de las normas modificadas, sustituidas o derogadas por el mencionado decreto y en su artículo 3 crea una comisión asesora de política migratoria, que tendrá a su cargo proponer medidas no vinculantes relacionadas con la aplicación y actualización de la Ley de Migraciones 25.871. Todo dentro del ámbito de la Dirección Nacional de Migraciones, organismo descentralizado actuante en la órbita de la Secretaría de Interior del Ministerio del Interior.

Conclusiones

Al desarrollar los vaivenes de la política migratoria Argentina se pierde de vista una situación desfavorable: todo migrante está fuera de su lugar de nacimiento. Entendiendo como migrante a toda persona que llega a un país o región diferente de su lugar de origen para establecerse en él, temporal o definitivamente, y al migrante internacional a toda persona que se encuentre por fuera del estado del cual es nacional⁸. El objetivo que tienen es establecerse en un nuevo lugar que les brinde los derechos humanos básicos para poder desarrollarse. Derecho a la salud, a la vivienda digna, al trabajo y a la educación. Derechos que en su lugar de origen no podían obtenerlos o les resultaban dificultosos. Por ende, hay que releer el artículo 20 de la Constitución Nacional, donde se establece que los extranjeros gozan en el territorio de la Nación de todos los derechos civiles del ciudadano y pueden ejercer su industria, comercio y profesión, poseer bienes raíces, comprarlos y enajenarlos, navegar los ríos y costas, ejercer libremente su culto, testar, y casarse conforme a las leyes. Para hacer operativos esos derechos el estado debe dictar normas tendientes a regular el sistema migratorio.

La norma madre que regula esto es la Ley Nacional de Migraciones y luego los decretos modificatorios que buscaron cambiar la ley acorde al contexto y las ideas del poder ejecutivo al momento de dictarlos. En ambos decretos lo que se buscó es la modificación de una ley que de por sí necesita una reforma. Los cambios que necesita la normativa deben llevarse adelante a través de un debate parlamentario poniendo el foco en que los migrantes son un colectivo vulnerable dentro de cualquier sociedad. El decreto 138/2021 a esos fines crea una comisión asesora de política migratoria, que tendrá a su cargo proponer medidas no vinculantes relacionadas con la aplicación y actualización de la Ley Nacional de Migraciones.

Todas estas modificaciones legislativas trajeron como consecuencias un detrato a los migrantes alejándolos de la justicia y de nuestro país que históricamente fue un país receptor de extranjeros.

El derecho a la migración es esencial e inalienable de la persona, y se garantiza sobre la base de los principios de igualdad y universalidad. Corresponde incorporar los principios

⁸ “Movilidad humana. Estándares Interamericanos”. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/MovilidadHumana.pdf>

internacionalmente reconocidos hacia las personas de los migrantes en el momento donde pueda existir sospecha de que se encuentran desprotegidos.

En conclusión, la anulación del decreto 70 es un paso importante para garantizar más igualdad de derechos, el derecho a migrar y la obligación del Estado de regularizar la situación de los migrantes. Acompañando esto debe existir una reforma superadora a la ley migratoria vigente y debe crearse un fuero migratorio específico dentro de la justicia federal para que la litigiosidad generada sea resuelta con velocidad y eficacia en pos de facilitar el acceso a la justicia de todos los migrantes.