

Migración, delito e incluso menos. Una revisión de las expulsiones basadas en causales penales a través del Poder Judicial (2004-2010).

Lila García.

Cita:

Lila García (2013). *Migración, delito e incluso menos. Una revisión de las expulsiones basadas en causales penales a través del Poder Judicial (2004-2010)*. X Jornadas de Sociología. Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires.

Dirección estable: <https://www.aacademica.org/000-038/508>

Migración, delito e incluso menos. Una revisión de las expulsiones basadas en causales penales a través del Poder Judicial (2004-2010)

Lila García

Instituto de Investigaciones Jurídicas Ambrosio L. Gioja

Facultad de Derecho, UBA.

Centro de Derechos Humanos, UNLa

PRESENTACIÓN	1
1. LAS CAUSALES PENALES EN LA LEY 25.871	4
2. INGRESOS: LAS CAUSALES PENALES DEL ARTÍCULO 29	5
2.1. Expulsión con condena inferior a los 3 años de prisión.....	12
3. RESIDENTES: CAUSALES PENALES PROPIAS Y GARANTÍAS	16
4. LOS DERECHOS CONTENIDOS EN EL ARTÍCULO 64	¡ERROR! MARCADOR NO DEFINIDO.
CONCLUSIONES	20
BIBLIOGRAFÍA	20

RESUMEN. En este trabajo se exponen sucintamente algunos resultados de una investigación (dirigida a la obtención de la tesis de Doctorado) relativa a la implementación de la Nueva Política Migratoria Argentina a través del Poder Judicial. Una de las problemáticas fundamentales está dada por el (des) balance entre las condenas y antecedentes penales (genéricamente: causales penales) como impedimentos para ingresar o permanecer en el país, por un lado y los derechos reconocidos a las personas migrantes (reunificación familiar, a residir en base al derecho a migrar, a la igualdad, etc.), por otro. A partir de los casos judiciales relevados que involucraron causales penales, se distinguen cuatro parámetros para evaluar la performance estatal al aplicar causales penales: (i) tipo de delito; (ii) situación procesal de la persona; (iii) familia; (iv) residencia. Entre las conclusiones, el trabajo muestra dificultades e interpretaciones erróneas al momento de aplicar una política migratoria sobre la base de las disposiciones penales que contiene; en varios casos, la orden de expulsión puede ser calificada de “ilegal”, sea por cuestiones de forma, de fondo o una combinación de ambas.

0. Presentación

La ley 25.871 vino a sentar el primer pilar de un nuevo proyecto migratorio en la Argentina que, junto con el Programa Nacional de Normalización Documentaria Migratoria (tanto para personas nacionales del MERCOSUR como “extra MERCOSUR”) constituyen los dos grandes ejes de lo que se ha dado en llamar *Nueva Política Migratoria argentina* (NPMA). Un dato sobresaliente de esta nueva política es que reconoce a todas las personas (nacionales o no) un derecho humano a migrar,¹ consagrando además una serie de derechos que mejoran,

¹ El artículo 4 de la LM establece: “el derecho a la migración es esencial e inalienable de la persona y la República Argentina lo garantiza sobre la base de los principios de igualdad y universalidad”. Como señala Ceriani (2004), esta definición contiene dos partes fundamentales: el derecho reconocido a la persona humana y la obligación asumida por el Estado de garantizarlo sobre los principios de

incluso, los estándares mínimos previstos en varios instrumentos internacionales de derechos humanos.

Argentina conforma, entonces, una de las primeras experiencias de esta incorporación de derechos humanos a un ámbito (la política migratoria) reservado *naturalmente* al ámbito interno. Considerando la situación previa de la política migratoria y los altos estándares fijados por la NPMA, este artículo se basa en una investigación que se preguntó por la implementación, en términos de derechos humanos, de esta nueva política. De manera central, el análisis de la investigación de Doctorado giró en torno de una política migratoria en sentido estricto: admisión, ingreso, permanencia -incluyendo libertad física y de circulación, residencia, etc.- y egreso -en particular expulsión- en la Capital Federal.² La población estudiada se compuso de expedientes y sentencias ante el fuero Contencioso Nacional Administrativo Federal (CNAF), según un listado confeccionado a partir de la información de la mesa de entradas, donde una de las partes fuera Dirección Nacional de Migraciones, DNM (autoridad de aplicación de la ley 25.871); para los expedientes y sentencias de Primera Instancia, el procedimiento de selección fue aleatorio aunque proporcional por juzgado. Las sentencias de Cámara fueron relevadas casi en su totalidad. En suma, se cubrió el 50% de la totalidad de los casos promovidos entre 2004 y 2010.

Entonces, aquí se aborda el ejercicio de las facultades (expulsivas) de DNM en razón de causas penales y su articulación con otros derechos: el derecho a migrar, a la reunificación familiar y los de los artículos 61 y siguientes de la ley 25.871. Para ello, se toman los expedientes promovidos por DNM contra personas físicas (“retenciones”) donde la causa de expulsión haya sido una de tipo penal; de 112 expedientes, en 65 expedientes la causal involucrada es penal.³

§

En sí misma, la convivencia entre el derecho a migrar y las facultades de expulsión ya es sospechosa: ni el derecho a migrar ni el derecho a la igualdad de trato (art. 28 LM) entre nacionales y extranjeros -que debería permitir a estos últimos, por ejemplo, cumplir la condena y permanecer en el país, si así lo desearan- alcanza para suprimir egresos distintos al voluntario; desde un nivel teórico, apoya la ilegalidad “casi ontológica” que, por principio, acompaña a la persona no nacional incluso lograda la nacionalización o *naturalización*.⁴ La

igualdad y universalidad. Más aún, los caracteres (esencialidad, inalienabilidad) y principios (universalidad, igualdad) con que es reconocido permiten identificarlo como un derecho “humano”.

² A efectos de esta delimitación se ha tenido en cuenta que más del 50% de la población migrante se asienta en la Ciudad y GBA y que, según la información proporcionada por Dirección Nacional de Migraciones (DNM), casi el 90% de las radicaciones se tramitan ante su sede Central (Retiro).

³ Es necesario aclarar que no todas las expulsiones decretadas por causas penales transitan este trámite ante el fuero estudiado: de hecho, entre 2004 y 2010 se expulsaron 1166 extranjeros “judicializados” (personas sometidas al sistema penal) mientras que el total de pedidos de retención para el mismo período ronda los 300. El trámite de expulsión suele realizarse dentro de la misma causa penal, por lo que los casos relevados son sólo relativamente representativos del total de expulsiones por causales penales.

⁴ El caso “Ivcher Bronstein”, tramitado ante el SIDH, es emblemático en este sentido: la persona había residido en Perú gran parte de su vida y solicitado la nacionalización. Esta es dejada sin efecto tiempo después y mediante esta maniobra el gobierno peruano logra expropiar sus propiedades (era empresario de medios de comunicación). En otro continente pero de ninguna manera un hecho aislado, podemos mencionar el caso “BVerfG, 2 BvR 669/04” del 24 de mayo de 2006, donde el

expulsabilidad (Sayad, [1999] 2010) y el interinato (Barrera López, 2008) de las personas migrantes es claramente expresada por este último:

“los mecanismos de salida previstos legalmente ante el incumplimiento de las condiciones exigidas para la entrada culminan el proceso que se origina con los filtros selectivos iniciados en origen (visado) que continúa en el puesto fronterizo (con el preceptivo control de entrada) y que sigue una vez dentro con la permanente amenaza de salida forzosa para todo aquel extranjero migrante que deje de cumplir los requisitos de permanencia legal” (Barrera López, 2008: 42).

A partir de la revisión de literatura puede decirse que actualmente existe consenso para reconocer la expulsión como una sanción: “una de las medidas que mejor representa el régimen punitivo del derecho de extranjería” (Barrera López, 2008: 264), “una medida sancionatoria que implica ejercicio del poder punitivo propio del Estado y, por tanto, coacción” (Revenga Sánchez, citado por Goizueta Vértiz, 2008: 101), una sanción penal (Sweeney, 2010) que “no se limita a afectar la libre elección de residencia de la persona, se extiende a todas las facetas de la vida personal y social, afectando de un modo u otro una multitud de derechos” (Monclús, 2005: 406) y por ello, “demasiado grave para que sea aplicada por la administración” (Moncús, 2005). Incluso, la cautelosa Corte IDH ha reconocido que “las sanciones administrativas son una expresión del poder punitivo del Estado” (Corte IDH, 2010: párr. 170).

Sweeney (2010), por ejemplo, señala algunas consecuencias para la naturaleza penal de la expulsión: el derecho a un tribunal y a la efectiva asistencia de un defensor, a que sea decretada solo en aquellas circunstancias que no sea tan desproporcionada al crimen cometido como para ser considerada cruel y extraordinaria (*unusual*). Incluso, la autora sostiene que la expulsión no es la sanción más apropiada para los casos criminales: primero, porque la expulsión automática no es justificable o apropiada como sanción para el amplio espectro de delitos a los cuales puede aplicar; tampoco puede ser graduada según la gravedad de la falta. A ello debe sumarse, como han señalado varios autores, que la expulsión tiene menos garantías que una sanción estrictamente penal, por lo cual debería ser “reconducida” al ámbito de las sanciones penales (Moncús, 2005), donde debe ser aplicada por un tribunal mediante un procedimiento con todas las garantías.

Por su parte, los antecedentes jurisprudenciales argentinos relevados por Ceriani, Morales y Ricart (2006) no dejan lugar a dudas sobre el carácter sancionatorio que reviste la expulsión. En “Wan Qingen”, citan, la sala IV de la CNCAF había considerado que

“la expulsión de personas extranjeras por no reunir los requisitos exigidos para su radicación constituye una sanción penal administrativa. La circunstancia de que, en el caso, la medida expulsiva no reúna características de una condena penal, toda vez que no responde a la comisión de un delito sino a incumplimientos de requisitos administrativos, no quita a la sanción su carácter punitivo, en cuanto

Tribunal Constitucional alemán convalidó (aunque por votos divididos) la revocación de la ciudadanía que se había basado en datos señalados como “falsos” (la persona había declarado que tenía trabajo y acompañado un documento falso).

supone la exclusión de los afectados de la sociedad nacional” (sentencia del 12/10/2000, énfasis agregado).

En esta línea, algunas investigaciones descreen del apelativo “administrativo” y afirman el carácter de “sanción penal encubierta” (Monclús, 2005).

Asimismo, el Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires ha reconocido que

“la sola calidad de extranjero para fundamentar una pena accesoria como es la expulsión del país, no solo viola los principios antes mencionados [igualdad ante la ley, no discriminación, entre otros], sino que también implica la transgresión del principio de culpabilidad (y al principio de resocialización de la pena), el principio que prohíbe el non bis in idem, además de conllevar implícita una ideología peligrosista contraria a nuestra Carta Magna” (“GMR”, 2009).

Varios autores han señalado esto último que señalan los jueces del tribunal como una clara aplicación del llamado “derecho penal del enemigo” (Monclús, 2005; Barrera López, 2008).

En estos casos reseñados, entonces, donde se ordena la expulsión de la persona luego del cumplimiento de la condena opera una doble y hasta triple sanción: la del delito cometido, la expulsión por el delito y la prohibición de reingreso.

A continuación (sección 1) se analiza la situación de las causales penales en la ley de migraciones, diferenciando las disposiciones para ingresos (§2) para permanencia de aquellas dirigidas a las personas extranjeras residentes en Argentina (§3), con especial énfasis en los casos de personas expulsadas por condenas inferiores al mínimo legal, para concluir señalando algunos puntos débiles en la aplicación de la política migratoria a partir de sus previsiones penales.

1. Las causales penales en la ley 25.871

La inexistencia de condenas o antecedentes penales como requisito para admitir o autorizar la permanencia de una persona no nacional ha sido prácticamente el único obstáculo superviviente en la NPMA de la larga lista de imposibilidades que ha recorrido la legislación argentina, que incluía defectos físicos, precario estado de salud, menores de 14 años y mayores de 60, mujeres no acompañadas, etc. De hecho, los antecedentes penales como impedimento a la entrada o como causal de expulsión fueron incluidos en 1902 con la ley 4414, según la cual resultaban excluidos los extranjeros con “condena o persecución por tribunales extranjeros a raíz de crímenes o delitos comunes” (art. 1) o “extranjero cuya conducta comprometa la seguridad nacional o perturbe el orden público” (art. 2).

Las causales penales corresponden ser analizadas desde tres puntos de vista (i) como “causal impeditiva” del ingreso: art. 29 incisos c) a h) de la ley; (ii) como requisito para una residencia temporaria o permanente (decreto reglamentario, programa Patria Grande y Disposición 1488/2010); (iii) como motivo de posible cancelación de una residencia (art. 62 de la ley). Se distinguen estos tres momentos (ingreso, regularización, cancelación de residencia) para evitar aplicar las causales del artículo 29 a personas que, lejos de ser

“ingresantes” (tal el título del capítulo donde se ubica el artículo),⁵ son residentes, incluso de largo término (*long term residents*), y que han iniciado un trámite de regularización.

El artículo 29 (único artículo del capítulo “De los impedimentos”, ubicado bajo el título II: “De la admisión de extranjeros a la República Argentina y sus excepciones”) contiene una serie detallada de causales penales que se analizan en la siguiente sección. El art. 62, que regula causales de cancelación de residencias, prevé tres causales penales que se analizan en 1.2, en tanto que los programas de regularización solicitaron, genéricamente, “c) Certificado de carencia de antecedentes penales de su país de origen o de donde hubiere residido los últimos TRES (3) años, legalizado por la respectiva representación Consular Argentina en el exterior” y “d) Declaración Jurada de carencia de antecedentes penales internacionales” (art. 6 Disposición 53.253/05, programa Patria Grande). No hay disposiciones específicas en la ley sobre como aplicar estos requisitos (ni sus consecuencias) para las personas residentes “regularizantes”. Dado que las personas que se presentaron a los planes de regularización debían estar residiendo en territorio argentino con anterioridad al inicio de los planes, pueden de hecho ser consideradas “residentes”. A ello se suma que en caso de duda sobre cuál régimen aplicar (el de ingresos o el de cancelación de residencias), el más favorable es este último.

No obstante, aquellos tres momentos (ingreso, regularización de la residencia, cancelación de una residencia) no aparecen con nitidez en la práctica de DNM registrada a partir de los expedientes judiciales ante el fuero CNAF. Con independencia de las tres situaciones en que podría encontrarse la persona cuya expulsión se decreta, DNM invoca para todas el artículo 29, con la salvedad de alguna referencia a los artículos 61 y 63 que, igualmente, no se registró para los casos penales relevados en la investigación. De hecho, como se verá, en varios casos las personas involucradas podrían haber sido identificadas como “residentes”, a los efectos de la NPMA, ya que se encontraban residiendo en Argentina con anterioridad a la entrada en vigencia de la nueva ley (y de los programas de regularización) y sin embargo su expulsión se decreta como si fueran “ingresantes” sin cumplir con las previsiones de los artículos 61 y siguientes. A continuación se expone entonces el panorama en torno a las dos principales previsiones: ingresos a los fines de residir y residentes.

2. Ingresos: las causales penales del artículo 29

En la preeminencia de lo penal como fuente principal de identificación de las “malas” migraciones, el artículo 29 es frondoso: de 10 incisos, 6 son estrictamente penales. El artículo

⁵ El artículo 29 de la ley de migraciones establece taxativamente las causas impeditivas del ingreso de extranjeros al territorio argentino. No obstante que su redacción reza “serán causas impeditivas del ingreso y **permanencia...**”, la ubicación metodológica de dicho artículo (bajo el título “De la admisión de extranjeros...”) y la progresividad de tal organización (título II: “De la admisión”; título III: “Del ingreso...”; título IV: “De la permanencia..”; título V: “De la legalidad e ilegalidad de la permanencia”), sumado a que la cuestión de las condenas o antecedentes se repite según el título sin remitirse entre ellas genéricamente (estableciendo incluso distintos delitos y años de prisión en cada supuesto), indica claramente que la regulación del art. 29.c, por ejemplo, se refiere a una causal que impide el ingreso de una persona extranjera que, por definición, no se encuentra residiendo en el país. De allí que la referencia a permanencia se refiera, en todo caso, a una permanencia futura y no a una obtenida y *ganada*: derecho a migrar como derecho adquirido, incluso bajo la legislación anterior por aplicación de la ley más favorable a la persona.

mencionado dispone: “Serán causas impeditivas del ingreso y permanencia de extranjeros al Territorio Nacional:

“c) Haber sido condenado o estar cumpliendo condena, en la Argentina o en el exterior, o tener antecedentes por tráfico de armas, de personas, de estupefacientes o por lavado de dinero o inversiones en actividades ilícitas o delito que merezca para la legislación argentina pena privativa de la libertad de tres (3) años o más;

d) Haber incurrido o participado en actos de gobierno o de otro tipo, que constituyan genocidio, crímenes de guerra, actos de terrorismo o delitos de lesa humanidad y de todo otro acto susceptible de ser juzgado por el Tribunal Penal Internacional;

e) Tener antecedentes por actividades terroristas o por pertenecer a organizaciones nacional o internacionalmente reconocidas como imputadas de acciones susceptibles de ser juzgadas por el Tribunal Penal Internacional o por la ley 23.077, de Defensa de la Democracia;

f) Haber sido condenado en la Argentina o tener antecedentes por promover o facilitar, con fines de lucro, el ingreso, la permanencia o el egreso ilegales de extranjeros en el Territorio Nacional;

g) Haber sido condenado en la Argentina o tener antecedentes por haber presentado documentación material o ideológicamente falsa, para obtener para sí o para un tercero un beneficio migratorio;

h) Promover la prostitución; lucrar con ello; haber sido condenado o tener antecedentes, en la Argentina o en el exterior por haber promovido la prostitución; por lucrar con ello o por desarrollar actividades relacionadas con el tráfico o la explotación sexual de personas;

Quizás sea necesario poner en claro qué implica el artículo 29: es la principal barrera para el derecho a migrar. Desde tal punto de vista, debería constituir una reglamentación, razonable, del derecho, sino fuera porque en la práctica suele impedir totalmente su realización y no sólo su realización bajo ciertos requisitos. Desde el punto de vista de las personas migrantes, el artículo 29 se acerca más a una restricción temporal al derecho a migrar, que acabaría cuando las causales penales caducaran.⁶ Si hasta aquí estamos de acuerdo, forzoso sería también reconocer que en tanto restricción de aquél derecho humano a migrar, deben respetar los parámetros internacionales fijados para tales acciones (fijados por ejemplo en el mismo artículo 22 de la CADH o de manera residual, en el artículo 30 del mismo instrumento).

Entonces, los cinco supuestos de antecedentes o condenas contemplan distintos tipos de delitos, de distinta gravedad y penas.

⁶ Esto, por supuesto, nos invita a pensar qué pasa con aquellas “causales impeditivas” que no prescriben formalmente, como el haber presentado documentación de alguna manera falsa a DNM: las personas alcanzadas por esta situación (art. 29.a) no podrían nunca regularizar, o sea, ejercer debidamente su derecho a migrar.

Esquema 1. Causales penales: acción requerida y delito de fondo

Inciso	Requerimiento	Delito de fondo
c	Estar condenado/a (cumplida o en cumplimiento) Tener antecedentes	Tráfico de armas Tráfico de personas Tráfico de estupefacientes Lavado de dinero Inversiones en actividades ilícitas Delito que merezca para la legislación argentina pena privativa de la libertad de 3 años o más.
d	Incurrir o participar	Actos que constituyan genocidio, crímenes de guerra, terrorismo o delitos de lesa humanidad. Otros actos susceptibles de ser juzgados por el Tribunal Penal Internacional.
e	Tener antecedentes	Actividades terroristas
	Pertenercer	A organizaciones reconocidas como imputadas de acciones susceptibles de ser juzgadas por el Tribunal Penal Internacional o la ley de Defensa de la Democracia.
f	Estar condenado/a Tener antecedentes	Promoción o facilitación, con fines de lucro, del ingreso, permanencia o egreso ilegales de extranjeros en el territorio nacional.
g	Estar Condenado/a Tener antecedentes	Presentación de documentación material o ideológicamente falsa, para obtener para sí o para un tercero un beneficio migratorio.
h	Promover, lucrar, ser condenado o tener antecedentes	Prostitución
	Desarrollar actividades relacionadas	Tráfico o explotación sexual de personas

Fuente: elaboración propia en base al texto de la ley.

Me ocuparé de las dos causales penales que lideran el “ranking” de causas de expulsión relacionadas con lo penal: los incisos c (última parte) y lo que podría ser el “g”⁷, subsumido en aquél.

El primero (29.c) ha suscitado debate entre los expertos en migraciones: por un lado, DNM abona una interpretación amplia que es resistida desde la defensa en derechos de las personas migrantes a partir de varios argumentos, pero principalmente por aplicación del principio *pro homine* que, ante la duda, obliga a la interpretación más favorable a la persona. ¿Cuál es la discusión? Como puede verse en la clasificación del Esquema 1, las causales penales se encuentran bien detalladas y hay varios delitos mencionados, cada uno con distintos grados de “captación” de la persona por el sistema penal: participación en un delito (inciso d), antecedentes penales (inciso e), condena (inciso f), etc. Cada uno de los incisos describe diferentes delitos de fondo y la situación o situación requerida de la persona frente a él.

Según la sección 29.c, entonces, parece claro que sólo las personas condenadas o en cumplimiento de condena de los delitos de la tercera columna pueden ser expulsadas por aplicación de una causal penal (y no la condena por cualquier delito) así como que no cualquier antecedente califica como causal penal de expulsión, sino aquel por delitos

⁷ Digo esto porque incluso para estas causales penales documentarias, en los casos relevados no se menciona el inciso “g” sino que se aplica el “c”.

detallados en la misma tercera columna. Ello, porque si cualquier condena o cualquier antecedente, por cualquier delito o años de prisión alcanzaran como causal penal de expulsión, claramente los demás incisos del art. 29 (que detallan otros delitos de fondo y distintas situaciones de la persona frente a él) no tendrían razón de ser.

Esta aclaración, que además parece bastante obvia (pues el artículo 29 ha sido preciso en las causales penales), es importante de remarcar pues la interpretación de DNM –no controvertida hasta ahora por la intervención judicial, en los casos vistos- parece ignorar las distintas causales estipuladas, entendiendo que la primera parte del 29.c (“haber sido condenado o tener condena, en la Argentina o en el exterior”) cubre todos los casos: por cualquier delito, por cualquier condena (por ínfima que sea, incluso en suspenso) y hasta por delitos cuya sanción prevista sea inferior a 3 (tres) años. Más aún, cualquier antecedente penal⁸ o sometimiento a proceso parece alcanzar para esgrimir una causal penal, con independencia del mínimo de pena establecido por la legislación.

En los cuadros a continuación se vuelcan los casos con causales penales donde DNM ha aplicado el 29.c; se recogen de manera diferenciada los casos relacionados con la documentación migratoria (falsificación) en el Cuadro 1 y aquellos vinculados con otros delitos en el Cuadro 2. Algunos datos son estimativos (como el momento del ingreso, anterior o posterior a 2004) y se indica la base sobre la cual se estima.

CUADRO 1. Expedientes de retención por delitos vinculados a la documentación migratoria

<i>Expte.*</i>	<i>Condena (años)</i>	<i>Situación penal</i>	<i>Pedido retención</i>	<i>Delito</i>	<i>Flía.</i>	<i>Ingreso anterior a 2004?</i>
1. K.	3 años en suspenso	S/D	2009	Falsificación instr. Público	S/D	Probable (causa penal de 2004)
2. M.O.	3 años en suspenso	S/D (condenada en 2000)	2009	Falsificación DNI	Hijos	Sí (causa penal de 1998)
3. M.M	3 años ej. Condicional	S/D	2010	Falsificación DNI	S/D	Probable (condena de 2005)
4. D.S.	3 años en suspenso	S/D	2008	Falsificación pasaporte	S/D	Sí (causa penal de 2003)

* Nombre suprimidos

Fuente: elaboración propia.

CUADRO 2. Expedientes de retención por otros delitos

<i>Expte.*</i>	<i>Condena (años)</i>	<i>Situación penal</i>	<i>Fecha Pedido retención</i>	<i>Familia</i>	<i>Ingreso anterior a 2004?</i>
5 AM	Más de 3 años	Lib. Condicional dde 2006	2010	S/D	Probable (condena de 2004)
6 L. Ch.	Más de 3 años	Vto. Pena febrero 2008	2009	S/D	S/D

⁸ El decreto 616/10 establece que a los fines de los incisos referidos, se entenderá por “condenado” a aquella persona que registre una sentencia condenatoria firme; por “antecedente”, la condena no firme o el procesamiento firme dictados en su contra. El antecedente o delito en el exterior sólo serán computados cuando el hecho que los origina constituya delito para la ley argentina (art. 29).

7 P. Mu	Más de 3 años	Vto. Pena enero 2009	2009	S/D	Probable (causa penal de 2004)
8 P.V.	más de 3 años	"soltura" en 2007	2008	Hijos	Probable (expulsión previa: 1995)
9 Z.Z.	Mas de 3 años	s/D	2008	S/D	S/D
10 G.H.	más de 3 años	sin datos	2009	Sin datos	Sí (hay expulsión de 1988)
11 B.V.	3 años	sin datos	2009	sin datos	sin datos
12 S.	más de 3 años	Libertad condicional desde 2002	2008	Sin datos	Si (libertad condicional de 2002)
13 A.N.	Más de 3 años	Antecedentes (en país de origen)	2009	S/D	S/D
14 V.Va.	Más de 3 años	Vto. Condena junio 2001	2008	S/D	Sí (pena venció en 2001)
15 G.M.	más de 3 años	sin datos	2010	S/D	S/D
16 A.V.	más de 3 años	Vencimiento condena: junio 2001	2008	S/D	Sí (la condena venció en 2001)
17 P.P.	más de 3 años	S/D	2010	S/D	S/D
18 V.Co	Más de 3 años	Antecedentes (en país de origen)	2010	S/D	S/D
19 E.V.	más de 3 años	S/D	2010	Hijos	S/D
20 G.Ca	Menos de 3 años	S/D	2010	S/D	S/D
21 G.A.	más de 3 años	libertad condicional desde 2006	2009	S/D	SI (1997)
22 J.B.	más de 3 años	Vencimiento pena: enero 1999	2009	Hijos	Sí (condena data de 1990)
23 C.E.	Más de 3 años	Vto. Pena: octubre 2007	2010	S/D	S/D
24 L.	más de 3 años	S/d	2010	Sí (concubino/a)	Sí (entró en 2001)
25 C.C.	más de 3 años	Vencimiento pena: noviembre 2007	2010	Probable (a 2001 era menor)	Sí (causa iniciada en 2001)
26 G.Q.	3 años	Vencimiento pena: julio 2007	2010	Sí	Sí (notificación expulsión de 2002)
27 F.V.	3 años	S/D	2008	Sí (concubina e hijo menor)	Probable (condena es de 2005)
28 C.	más de 3 años	S/D (condena cumplida al parecer)	2009	Hijos	Sí (condenas datan de los noventa)
29 C.S.	Más de 3 años	Vto. Condena: mayo 2007	2008	s/d	no (ingreso en mayo 2004)
30 B.	más de 3 años	S/D	2009	S/D	Sí (primer expediente migratorio de 1994)
31 C.H.	más de 3 años	S/D	2009	Probable (condena en Menores)	Sí (hay expulsión de 2001)
32 R.Z.	NO	Persecución suspendida falta de pruebas	2009	S/D	Sí (1990)
33 F.R.	más de 3 años	vencimiento pena: diciembre 2006	2010	S/D	S/D
34 R,A	Más de 3 años	S/D	2009	S/D	Sí (consta expulsión de 1999, condena 1997)

35 C.V.	3 años	Vencimiento pena: diciembre 2007	2008	S/D	Sí (consta expulsión de 1996)
36 P.M.A.	NO	Suspensión juicio a prueba (otorgada en septiembre 2003)	2009	S/D	Sí (consta expulsión de 1997)
37 S.P.	menos de 3 años (en suspenso)	S/D (condena de 2002)	2009	S/D	Sí (surge condena de 1987; expulsión de 1994)
38 M.M.	más de 3 años	Condena cumplida	2010	S/D	S/D
39 C.N.	más de 3 años	vencimiento: febrero 2005	2009	S/D	Probable (primer expediente migratorio de 2001)
40 H.P.	S/D	Es una infracción contravencional	2004	S/D	Sí (consta expulsión de 2001)
41 M.X.	S/D	Vencimiento pena: julio 2006	2008	S/D	Sí (primer expediente migratorio de 2003)
42 Q.P.	más de 3 años	Vencimiento pena: agosto 2008.	2010	S/D	Sí (condena penal de 2003)
43 R.D.S.	más de 3 años	Vencimiento pena: febrero 2008	2008	S/D	Sí (primer expediente migratorio de 2002)
44 M.G.	menos de 3 años	S/D (condena de 2003)	2009	S/D	Sí (primer expediente migratorio de 1999)
45 O.G.	más de 3 años	S/D	2009	esposa e hijos	Sí (hay expediente migratorio de 1981)
46 G.G.	NO	Veredicto absolutorio	2010	S/D	S/D
47 L.L.	más de 3 años	Vencimiento pena: marzo 2003	2009	esposa e hijo	sí (condena es de 2001)
48 G.M.A.	más de 3 años	Vencimiento condena: 1996	2009	S/D	Sí (hay expulsión de 1992)
49 R.M.	S/D	Probable absolución (informada a DNM)	2009	S/D	S/D
50 P.H.	más de 3 años	S/D	2009	S/D	Sí (hay expulsión de 2000)
51 K.	más de 3 años	Condena cumplida a 2005	2010	S/D	Sí (hay expedientes migratorios de 2001 y 2002)
52 L.F.	más de 3 años	Vencimiento pena: noviembre 2001	2010	S/D	Sí (condena vencia en 2001)
53 B.M.	S/D	vencimiento pena: septiembre 2004	2008	S/D	Sí (inspección que lo "detecta" de 1985)
54 F.	más de 3 años	Vencimiento pena: agosto 2006	2009	S/D	Sí (causa penal iniciada en 2003)
55 M.C.	más de 3 años	S/D	2009	S/D	Sí (hay actuación administrativa de 2001)
56 H.R.	más de 3 años	Condena cumplida	2009	S/D	Sí (hay expulsión de 1996)
57 R.T.	menos de 3 años (6 meses)	S/D	2010	Hijos	S/D
58 F.O.	menos de 3 años	Vencimiento condena: septiembre 2009	2010	Sí (familia en general)	S/D
59 R.C.	menos de 3 años (1 año)	S/D	2010	Hijos menores	Sí (hay expulsión de 2003)
60 Z.S.C.	menos de 3 años (5 meses)	S/D	2010	Hijos menores	S/D

61 M.O.	menos de 3 años (1 año 6 meses)	S/D	2010	S/D	S/D
62 D.A.	3 años	Libertad condicional en 2007	2010	S/D	Probable (se presentó a Patria Grande)
63 O.O.	menos de 3 años	S/D	2010	S/D	Probable (se presentó a Patria Grande)
64 PJS	NO	Procesamiento sin PP; se decretó rebeldía	2008	S/D	Probable (se presentó a regularizar)
65 R.	Más de 3 años	Vto. Pena: octubre 2007	2008	S/D	Probable (sentencia de 2005)

* Nombres suprimidos

Fuente: elaboración propia.

El cuadro intenta dar cuenta de cuatro parámetros que deben ser tenidos en cuenta al momento de decretar la expulsión de una persona por aplicación de una causal penal: (i) delito “de fondo” que da lugar a la causal impeditiva que ordena la expulsión; (ii) situación formal de la persona frente al sistema penal (columnas 2 y 3); (iii) (existencia de) familia (quinta columna); (iv) residencia, anterior a la NPMA o no (última columna). Aunque por razones de espacio no me ocuparé particularmente de estas dos últimas, su consideración es importante porque en el primer caso (existencia de familia), el poder estatal tiene la obligación de “dispensar” la ejecución de la orden de expulsión; en el segundo caso, los residentes tienen un régimen especial del cual me ocupó más adelante.

Por el primero, se distribuyeron los casos en dos cuadros: con esto intento diferenciar los casos donde el delito que da origen a la causal esté relacionado con la legislación migratoria anterior (falsificación de documentación, pero también sanción penal por ingreso anterior)⁹ y los casos donde se trate de otros delitos. Me parece claro que existe una importante responsabilidad del Estado argentino en la generación de aquellas condiciones que llevaron a la comisión de actos que, por añadidura, vienen a salir a la luz justamente a partir de la (re)organización y “purga” de DNM, bajo una nueva política que reconoce la virtual imposibilidad para regularizar bajo el régimen anterior junto con obligaciones para evitar la reproducción del esquema de la “ley” Videla. En tales condiciones, aplicar una orden de expulsión es una de estas reproducciones, la supervivencia de uno de los retazos más preocupantes de un sistema que se pretende superado. Ordenar una expulsión en base a una responsabilidad “individual, en este caso, descarga nuevamente en la parte más débil las falencias, reconocidas, de la política migratoria anterior. Además de los cuatro casos del cuadro 1 donde la expulsión no debería corresponder por aplicación de la ley más benigna o bien, del principio *pro persona* en general, hay otros dos casos donde además del delito “principal”, las personas tienen causa por la “ley” Videla (caso 10) o por pasaporte falso (caso 12).

Por el segundo parámetro, debe diferenciarse aquella persona que cuente con condena cumplida, por un lado, y por otro aquella persona que se encuentre en otras situaciones: cumpliendo condena, bajo proceso (imputada, procesada, etc.) o con antecedentes. Tratándose del primer caso, la sanción de expulsión sobre una persona condenada debe ser señalada como una doble sanción que violenta, además del principio de *non bis in idem*, el principio de igualdad de trato con los nacionales en cuanto a las oportunidades de

⁹ No encontré casos donde el delito que diera lugar a la causal penal fuera exclusivamente la pena impuesta por el ingreso no permitido. Sí casos donde tal delito se acumulaba con otros.

“resocialización”, acceso a bienes sociales y culturales, etc. Tratándose del segundo caso, la legislación argentina distingue si: (i) se trata de una persona que ha cumplido la mitad de la condena; (ii) condenados a ejecución condicional (iii) otros sometidos a proceso que pudieran obtener la suspensión del juicio a prueba o medidas curativas, supuestos todos regulados en el art. 64 LM; (iv) antecedentes en general.

De los casos volcados en los cuadros unos 18 casos (casi 28%) se refieren a pedidos de expulsión ordenados en virtud de una condena igual o inferior a 3 años (el mínimo legal): en particular hay al menos tres casos donde las condenas son de 6, 5 y 3 meses de prisión (casos 57, 60 y 44, respectivamente). Incluso, algunos llaman la atención: un caso donde no hubo condena por falta de pruebas (caso 32), otro donde se obtuvo una suspensión del juicio a prueba (caso 36), en otro el expediente sólo refiere una infracción contravencional (caso 40), y uno corresponde a una sentencia absolutoria (caso 46), algo similar a lo que podría haber pasado en el caso 49, donde desde el juzgado informan a DNM la posibilidad de que se dicte la absolución.¹⁰ Finalmente, existe un último caso donde sólo hay un procesamiento (sin prisión preventiva) y la persona fue declarada en rebeldía (caso 64). En todos ellos, junto con los demás de condenas inferiores a los 3 años, no existe motivo que habilite una causal penal para expulsar a la persona en cuestión. Si sumamos todos los casos sin fundamento legal (por condenas inferiores a 3 años, ausencia de condena, etc.), nos da que en casi el 37% (36,92) de los casos relevados la expulsión fue, literalmente, ilegal.

Por la frecuencia con que aparecieron casos de órdenes de expulsión en base a condenas inferiores a los tres años, merecen un análisis aparte.

2.1. Expulsión con condena inferior a los 3 años de prisión

En el cuadro a continuación se hace un detalle mayor de los casos del cuadro 2¹¹ que tuvieron una condena inferior a 3 años, ya que en ellos entra en discusión una interpretación del 29.c (y no su aplicación incorrecta, como en el caso de las personas residentes que veremos luego o de inexistencia de condena penal). Cuando es posible, se detalla la cantidad exacta de tiempo de prisión, el tipo de delito así como el año de condena (para evaluar si, por ejemplo, ha caducado conforme el artículo 51 del Código Penal), los años de prohibición de reingreso aprobados por DNM, la decisión judicial (otorgar o denegar la retención) y si la persona ha consentido su expulsión.

Cuadro 3. Expedientes por delitos con condenas inferiores a los 3 años

¹⁰ En este último caso, dado que tal información llegó con posterioridad a la emisión de la orden judicial de retención (a diferencia de otros casos, donde no existía causal penal bajo el 29 al momento de iniciar el pedido o incluso, de dictarse la orden administrativa de expulsión), quizás DNM haya tomado nota de tal circunstancia y suspendido la expulsión.

¹¹ Sólo menciono los del cuadro 2 porque, según argumenté antes, entiendo que no debería decretarse la expulsión por delitos relacionados con la documentación migratoria, acaecidos bajo la política anterior. Por ello, los cuatro casos del cuadro 1, que tienen penas menores a tres años, no se encuentran comprendidos en esta sección ya que el principal argumento frente a la causal penal es su pertinencia (con lo cual también deberían eliminarse los antecedentes por tales delitos); subsidiariamente, se encuentran alcanzados por las consideraciones de esta sección ya que las penas son menores a los 3 años del artículo 29.c.

C A S O	Detalle penal	Delito	Año condena	Flia	Residente	Prohibición de reingreso	Retención	Consentimiento o expulsión
44	3 meses	Robo (tentativa)	2003	S/D	Sí (desde al menos 1999). Surge que se presentó a Patria Grande (2006).	5 años	Otorgada	Se le informa que si quiere recurrir, debe abonar tasa. No hay datos sobre el recurso.
57	6 meses (ej. Condicional)	Robo (tentativa)	S/D	Sí (hijos)	S/D	5 años	Denegada	S/D
58	2 años 4 meses (pena unificada)	Hurto calificado por infortunio (tentativa)	2006	Sí ("primos")	S/D	8 años	Otorgada	No (manifiesta no querer ser expulsado)
59	1 año	Robo	S/D	Sí (hijos)	Sí (escolarizado desde al menos 1997)	S/D	Otorgada (hay pedido de suspensión)	No (intervención Def. Of.)
60	5 meses	Robo (tentativa)	S/D	Sí (hijos)	S/D	5/8 años (1)	Otorgada. Suspendida.	No (intervención Def. Of.)
61	1 año 6 meses	S/D	S/D	S/D	S/D	S/D	Otorgada	Sí
63	s/d (menos de 3 años)	Robo (tentativa)	(causa de 2006)		Sí (se presentó a Patria Grande)	5 años	Otorgada	S/D

Fuente: elaboración propia

(1) En su escrito, DNM consigna prohibición por 8 años; en la sentencia, se menciona "5 años".

En estos casos donde la condena es inferior a tres años puede suceder¹² que DNM solicite un dictamen de la Dirección de Asuntos Legales para determinar si corresponde o no la posibilidad de expulsión, incluso si la condena es igual a 3 años.¹³ En el expediente "D.A" (caso 62, cuadro 2), la persona había sido condenada a 3 años de prisión por tenencia de estupefacientes y se solicita una opinión de la referida dependencia de DNM. En lo pertinente, dice sobre el 29.c:

"Si bien la redacción de la norma no resulta del todo clara, una interpretación gramatical de la primera parte permite concluir que todo extranjero que sea condenado a alguna de las penas previstas en el artículo 5 del Código Penal (reclusión, prisión, inhabilitación y multa) o que la esté cumpliendo, cualquiera sea el delito que se le impute o

¹² Refiero esta situación como "puede suceder" pues sólo en algunos casos encontré el dictamen glosado en las actuaciones administrativas. Por otras informaciones, es posible pensar que el pedido de dictamen es la regla.

¹³ Estos casos, de condenas de 3 años, no se incluyeron. En total la investigación relevó 9 casos (cuadros 1 y 2).

cualquiera sea la duración de la condena y aún en el supuesto de que se trate de una condena de ejecución condicional, cae en el impedimento de ingreso y permanencia del artículo 29" (Dictamen del 11/03/2009).

Otra consulta similar se efectúa en el expediente "O.O" (causa 63), donde la persona había sido condenada a menos de tres años por el delito de robo con armas en grado de tentativa. En el caso, la persona se había presentado a Patria Grande (en 2006, según el año de su expediente migratorio; la causa penal se inició el mismo año), trámite a partir del cual surge este antecedente penal. Es entonces que DNM se pregunta por su situación frente al pedido de regularización dado que tiene una pena menor a 3 años, enviando una consulta desde el Departamento de Control de Permanencia al referido de Asuntos Legales; ella debe haber sido positiva,¹⁴ ya que se llegó a una orden de expulsión.

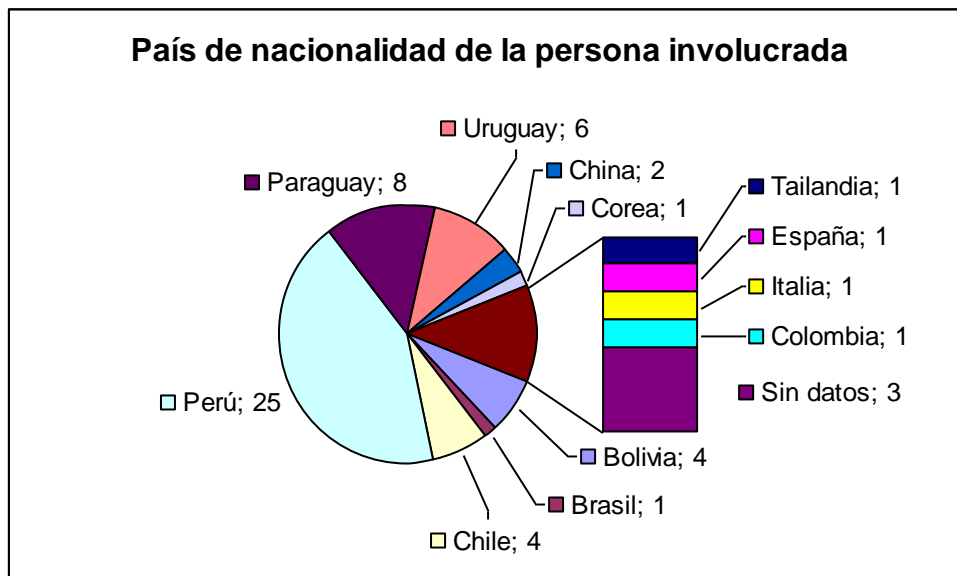
Esta situación no sería preocupante si mediara consentimiento de la persona a expulsar, como consta en el caso 61. En otros dos (casos 59 y 60) ha intervenido la Defensoría oficial. En los demás todo indica que no hubo representación letrada en el trámite administrativo de expulsión y efectivamente no la hubo en los trámites de retención. En el caso 58 la persona había manifestado, al momento de ser notificada de su orden de expulsión, que no quería ser expulsaba, expresando principalmente que tenía familiares en el país. DNM toma esta manifestación como un recurso de reconsideración, frente al cual la asesoría legal de dicho organismo expresa (por dictamen del 4 de agosto de 2008) que los fundamentos de tal recurso "no producen una modificación en los presupuestos...sobre los que se ha vertido opinión" ni se han arrimado elementos de prueba "y por ende resulta inconvencible el temperamento adoptado mediante el acto administrativo" impugnado.¹⁵

Sobre los casos del cuadro 3, debe además consignarse que se trata de personas nacionales de países del MERCOSUR "chico" (límites y Perú). De hecho, de los 65 casos que involucran causas penales, sólo 10 no corresponden a personas nacionales de países límites y Perú. En el gráfico a continuación se exponen las nacionalidades de las personas involucradas.

Cuadro 4. País de nacionalidad de la persona involucrada (causal de expulsión: penal)

¹⁴ Esta suposición proviene de no haber encontrado en el expediente el dictamen de Asuntos Legales. Según el diario de campo, a continuación del pedido de dictamen surge una "providencia", que lleva el número 1500, la cual, a los fines de la consulta, es una incoherencia, por lo cual no descarto que puede haber sido erróneamente glosada (en el expediente administrativo) o emitida. Las fechas son cercanas (el pedido dictamen es del 22/01/2008 y lo que sería la respuesta, del 27/02/2008) y no hay más documentos que puedan constituir el dictamen.

¹⁵ Esta referencia a la falta de pruebas suele ser una constante en la interposición de los recursos, no sólo por causas penales: de allí la importancia de la asesoría letrada. La idea de que "no conmueve" ("como si hubiera que hacer emocionar a DNM", señalaba una informante) también suele estar presente en los rechazos.



Fuente: elaboración propia.

El cuadro evidencia una sobrerrepresentación de las personas nacionales de Perú: son un 42%, seguidas por nacionales de Paraguay (14%) y Uruguay y Chile (10% y 7%, respectivamente). Puede (re)afirmarse la mentada selectividad del sistema penal, tanto sobre la población extranjera en general como sobre la población del MERCOSUR en particular, lo cual incide de manera muy acentuada en la población nacional de Perú, que representan, en importancia, recién el cuarto grupo de población extranjera (siendo las poblaciones más numerosas, a 2010, las nacionales de Paraguay, Bolivia y Chile). Por supuesto, en estos números debe tenerse en cuenta que la investigación se desarrolló en la Capital Federal (que puede comprender expulsiones de personas extranjeras residentes en GBA), donde viven apenas el 5% de las personas chilenas frente al 38% de provenientes de Perú.

En tanto la población extranjera total en Argentina no supera el 5%, la población carcelaria que en cárceles federales es extranjera ronda el 20%, según expusiera el titular de Extranjeros Judicializados de DNM, Javier Rea (2011).

Esto nos dirige a las preguntas que en su momento se planteó Monclús (2005): ¿hay una mayor criminalidad de los extranjeros o una selectividad por parte del sistema penal? Si para responder afirmativamente la primera pregunta deberíamos pasar por un análisis de la marginalidad y los circuitos informales que transitan las personas migrantes incluso a partir de la misma situación de irregularidad administrativa, para la segunda, además de la “portación de cara”, puede sumarse la no portación de ciertos papeles. Por demás, de este 20%, sólo el 29% está condenado.

Aquella selectividad colabora, además, a que sean más fácilmente expulsables. Entre 2004 y 2010 se expulsaron 1166 extranjeros judicializados (Nota DNM nro. 415/2011).¹⁶ Sin

¹⁶ La “judicialización”, que se refiere a la existencia de causas penales: una de las primeras (sino exactamente la primera) operaciones judiciales es informar a DNM esta circunstancia y todo otro avatar de importancia en el proceso (condena, probation, procesamiento, etc.).

embargo, los extranjeros no judicializados expulsados desde 2008 han sido sólo 44: 10 en la Capital Federal y 34 en las delegaciones (Nota DNM nro. 66/2012).¹⁷ Por lo general, ocurre que antes de otorgar la libertad a una persona detenida, se oficia a DNM para saber si a ésta interesa que siga privada de libertad (no ya en calidad de detenida penal sino de “retenida”); incluso, suelen hacerse “anotaciones conjuntas” entre el o los juzgados penales interesados, que en los últimos años incluyen a los juzgados contenciosos administrativos (que dictan la orden de “retención”) y a DNM.

Otro elemento en común es que se trata de delitos contra la propiedad en la forma de hurto o robo: este, junto con aquellos relacionados con estupefacientes, conforman la mayoría de los delitos que habilitan las causales penales en los expedientes vistos, lo cual parece hablar más de una situación de marginalidad que de un “peligro” para la seguridad pública. Por otro lado, en tres de los casos del Cuadro 4 hay constancias de que se encontraban residiendo en Argentina antes de 2004, con lo cual no se trataría de personas “ingresantes” sino residentes, respecto de los cuales debería haberse aplicado el régimen que se explica en la sección siguiente y en otros tres hay constancias en el expediente de que contaban con familia en Argentina, con lo cual su expulsión no debería haberse decretado en absoluto y como mal menor, sus expulsiones debieran haberse suspendido. En dos casos (casos 59 y 60) se solicitó tal suspensión; una fue otorgada y la otra, al momento de relevar el expediente, no había sido resuelta.

Como se ve, además, la sanción que apareja la orden de expulsión, que es la prohibición de reingreso, es en todos estos casos mucho más gravosa que el delito por el cual son expulsados. Para pensarlo en términos reales, el caso 57 se trata de una mujer peruana, condenada a 6 meses de prisión por un delito en grado de tentativa y madre de hijos nacidos en Argentina, sobre la cual se ordena su expulsión junto con la prohibición de reingresar por cinco años. En tal panorama, habría que suponer que el Estado pagará los pasajes y estadía a los hijos para cumplir con el derecho a la reunificación familiar...

3. Residentes: causales penales propias y garantías

La segunda parte de la ley de migraciones dispone mayores protecciones para proceder a la expulsión de una persona presente en Argentina. Primero, al obligar a DNM a intimar a regularizar; luego, a decretar la expulsión de la persona con efecto suspensivo, dando luego intervención al Poder Judicial a efectos que revise la decisión. El artículo 61 dispone:

“ARTICULO 61. — Al constatar la irregularidad de la permanencia de un extranjero en el país, y atendiendo a las circunstancias de profesión del extranjero, su parentesco con nacionales argentinos, el plazo de permanencia acreditado y demás condiciones personales y sociales, la Dirección Nacional de Migraciones deberá conminarlo a regularizar su situación en el plazo perentorio que fije para tal efecto, bajo apercibimiento de decretar su expulsión.

¹⁷ Estas informaciones fueron proporcionadas por DNM a partir de sendos pedidos de información pública. En ambos pedidos se solicitó información desde enero de 2004 hasta diciembre de 2010, por lo que cuando DNM se refiere “de 2008 a la fecha”, esta última debería ser 2010. Si así no fuera, el número de 44 personas expulsadas corresponde al período 2008-2012 (la respuesta es de diciembre de 2012).

Vencido el plazo sin que se regularice la situación, la Dirección Nacional de Migraciones decretará su expulsión con efecto suspensivo y dará intervención y actuará como parte ante el Juez o Tribunal con competencia en la materia, a efectos de la revisión de la decisión administrativa de expulsión”.¹⁸

Con buen criterio, esta redacción no deja lugar a dudas sobre un criterio ya sentado por la jurisprudencia en torno a lo que debe entenderse por “residencia”: esta es independiente de su “legalidad” o “ilegalidad”; la permanencia es un hecho con independencia de su calificación legal.

Tratándose de causales penales, para personas residentes el mínimo de tres años del artículo 29.c (ingresos) se eleva a cinco años, debiendo además tratarse de un delito doloso y eliminándose la cuestión de los antecedentes penales salvo que se registrase una conducta reiterante. El artículo 62 dice:

ARTICULO 62. – “La Dirección Nacional de Migraciones, sin perjuicio de las acciones judiciales que correspondieran deducir, cancelará la residencia que hubiese otorgado, con efecto suspensivo, cualquiera fuese su antigüedad, categoría o causa de la admisión y dispondrá la posterior expulsión, cuando:...

b) El residente hubiese sido condenado judicialmente en la República por delito doloso que merezca pena privativa de libertad mayor de cinco (5) años o registrase una conducta reiterante en la comisión de delitos. En el primer supuesto cumplida la condena, deberá transcurrir un plazo de dos (2) años para que se dicte la resolución definitiva de cancelación de residencia, la que se fundamentará en la posible incursión por parte del extranjero en los impedimentos previstos en el artículo 29 de la presente ley. En caso de silencio de la Administración, durante los treinta (30) días posteriores al vencimiento de dicho plazo, se considerará que la residencia queda firme...”

El Ministerio del Interior podrá disponer la cancelación de la residencia permanente o temporaria y la expulsión de la República de todo extranjero, cualquiera sea la situación de su residencia, cuando realizare

¹⁸ Lo que quisiera destacar de este artículo, de las grandes obligaciones que contiene (atender a las circunstancias de la persona, intimar a regularizar, dar intervención al juez o tribunal), es la de intervención del Poder Judicial, una ausencia que no puede pasarse por alto: suele suceder que las personas sí se presentan y aunque consiguen una residencia precaria, la residencia de fondo no es lograda por encontrarse alguna causal “impediente”. Salvo que DNM haga alguna excepción, el curso normal seguido por los expedientes es la orden de expulsión, sin intervención “preventiva” del Poder Judicial. Para quienes se han presentado a Patria Grande, el procedimiento no ha sido diferente: a unos y otros aplican el artículo 29 y no la última parte del 61. Esta conclusión surgió del relevamiento de expedientes a partir de un listado proporcionado por la Cámara CNAF que se acerca bastante al total de demandas promovidas por DNM. De la revisión de los expedientes listados (excluyendo aquellos cuyo objeto no pudiera referirse a la aplicación de política migratoria, como “empleo público”) surge que todos los promovidos por DNM son “retenciones”. Solicitada a DNM esta misma información (listado total de todas las causas que haya promovido ante el fuero), la respuesta fue la misma: sólo pedidos de retención (art. 70).

en el país o en el exterior cualquiera de las actividades previstas en los incisos d y e del artículo 29.

La situación es entonces la siguiente. Primero, la disposición tiene en cuenta la situación de las personas residentes en Argentina al punto de requerir tres elementos para evaluar si procede la expulsión: (i) condena, (ii) por delito doloso, (iii) a cinco años o más de prisión, salvo que se registre una conducta reiterante. Además, (iv) la condena debe haber sido en Argentina. Estos elementos excluyen la aplicación del artículo 29.c: aplicar este último a personas que han vivido en situación de irregularidad en Argentina por vicios propios de la "ley" anterior, tratándolas como "ingresantes" es, como mínimo, discriminatorio., además de bastante antipático para una política que se declara superadora de la anterior o autora de un nuevo paradigma, al aparecer utilizando los probables resultados de una situación de marginalidad amparada por el régimen anterior como base de aplicación de una "nueva" política basada en derechos humanos. Si bajo la nueva política existe un derecho a migrar, ello implica un cierto derecho al territorio, dentro del cual la residencia de hecho eleva el estatus de protección frente al *animus* expulsivo.

Por demás, cuando el artículo 61 dispone la cancelación de la residencia (de cualquier categoría que sea, ya que la ley no distingue), con "efecto suspensivo", en el ínterin entre la suspensión y el decreto de expulsión se juega un espacio para, en el caso de causales penales, (i) alegar la existencia de vínculos familiares en Argentina (como mínimo: padres, cónyuge, hijos), una dispensa que como veremos, es obligatoria para DNM; (ii) que se valore el plazo de permanencia legal anterior a la ocurrencia de la causal, teniendo en cuenta las circunstancias personales y sociales de la persona (una dispensa "facultativa", si estamos al uso del término "podrá dispensar"); (iii) para la causal 62.b en particular, permitir el transcurso del plazo de 2 años antes del dictado de la cancelación definitiva, plazo obligatorio; (iv) por último, podrían regularizar bajo algún otro criterio. De hecho, la cancelación de la residencia con efecto suspensivo conllevaría una intimación a regularizar la situación, que habilitaría el procedimiento del artículo 61, revisión judicial incluida. De hecho, el artículo 63 dispone que para la cancelación (v) deben tomarse en cuenta las circunstancias del interesado.¹⁹

Estas cinco previsiones quieren decir que la expulsión no es "automática": corresponde la conminación, según el decreto reglamentario, para los casos de los incisos c) y d) e incluso, debería evaluarse la pertinencia de una intimación previa en los demás casos para que la expulsión directa prevista para ellos no afecte a ciertas personas de manera desproporcionada.

Veamos que ocurre en la práctica con algunas personas que, habiendo residido en Argentina previo a la ley 25871 (ergo, "residentes" a los efectos de ella), fueron encontradas incursas en

¹⁹ ARTICULO 63. – En todos los supuestos previstos por la presente ley:

- a) La cancelación de la residencia conlleva la conminación a hacer abandono del país dentro del plazo que se fije o la expulsión del Territorio Nacional tomando en consideración las circunstancias fácticas y personales del interesado, según lo establezca la Reglamentación;
- b) La expulsión lleva implícita la prohibición de reingreso permanente o por un término que en ningún caso podrá ser inferior a cinco (5) años y se graduará según la importancia de la causa que la motivara. Dicha prohibición sólo podrá ser dispensada por la Dirección Nacional de Migraciones".

causales penales, incluso por condenas con menos de 3 años. En el caso "M.G." (caso 44), la persona contaba con una residencia temporaria obtenida al amparo del convenio argentino con la República del Perú, prorrogada hasta mediados de 2000. En tiempo oportuno se había presentado al programa Patria Grande, ya que no había podido regularizar su situación con posterioridad a 2000. Al momento de presentar su certificado de antecedentes penales, surge que tiene una condena de 3 meses en suspenso; se decreta su expulsión en base al 29.c. En el ya referido "O.O" (caso 63), la persona se presenta a Patria Grande (lo cual indica normalmente que ya residía en el país previo a la NPMA) y a partir de allí surge que tenía una condena por robo con armas en grado de tentativa iniciada en 2006. DNM consulta a su dirección legal si corresponde su expulsión y, como he mencionado, no se entiende la respuesta pero todo indica que el dictamen fue positivo. En 2009 se le notifica la orden de expulsión y en 2011 se obtiene la sentencia judicial autorizando la retención. En ninguno de estos casos el hecho de la residencia alcanzó para la aplicación del artículo 62 e incluso, tampoco procedía la aplicación del 29.c, ya que se trataba de condenas inferiores a los 3 años.

Para el caso de personas con condenas superiores a los 3 años, la investigación relevó 27 casos donde, por delitos no relacionados con la documentación migratoria, hay datos de que la persona (condenada a una pena de más de 3 años de prisión) residía en Argentina. De hecho, hay que distinguir dos grupos de casos: (i) aquellos que cumplían los requisitos del artículo 62.b (condena en Argentina, por delito doloso mayor a cinco años o conducta reiterada en la comisión de delitos) y (ii) aquellos que no, respecto de los cuales la aplicación de la causal penal deviene "ilegal".

Para el primer grupo, debía dejarse transcurrir el plazo de dos años y luego, fundamentar la expulsión para decretarla con efecto suspensivo y dar lugar a la intervención judicial. No se registró ningún caso con dicho trámite.

Para aquellos que no cumplían los requisitos apuntados, la cancelación de residencia era improcedente. En este segundo grupo se encuentran los casos: 56 (5 años por robo con armas, sin datos sobre conducta reiterada), 55 (4 años por transporte de estupefacientes, residencia en Argentina al menos desde 2001), 51 (4 años y 6 meses por contrabando de estupefacientes, residencia desde al menos 2001), 38 (4 años de condena, residente desde al menos 2003), 21 (4 años por tenencia de estupefacientes, ingresó en 1997), 16 (4 años y 7 meses en relación con estupefacientes), 12 (4 años y 10 meses por contrabando de estupefacientes, en libertad desde 2002). En varios casos (sobre todo los relacionados con tráfico), es posible que el registro del expediente migratorio sobre el cual me baso para calcular la presencia en el país (contiene un número y el año de inicio) coincida con el delito mismo, frente a lo cual puede ocurrir que la persona haya residido con anterioridad a la comisión del delito o bien, que haya ingresado recién con los estupefacientes que dan lugar a la causa penal. Cuando este fuera el caso, cabe preguntarse: la residencia en sede penal, ¿Por qué no sería una tal que les permita ejercer ciertos derechos acordados a todos los residentes? Así como tienen el derecho a escoger ser expulsados o no (artículo 64), también pueden elegir cumplir su condena y que ese tiempo se les compute como residencia para acceder a las previsiones del art. 62.b.

En todos estos casos, se pasa por alto que no se trata de pedidos de ingreso para permanecer (ya que las personas residían de hecho en Argentina e incluso habían tenido residencias "legales" de largo término que no pudieron renovar) sino de "regularizaciones": una situación que en el peor de los casos es intermedia (sino se quiere asemejar directamente a la de los residentes, aunque la residencia era justamente el requisito para presentarse a regularizar) que, ante la duda, debe ser asemejada a la situación que prevea disposiciones

más beneficiosas para ellas. Incluso, como he señalado, existen para ambas situaciones la dispensa obligatoria por motivos familiares.

Conclusiones

En un artículo me referí a este régimen de expulsión como la política del “dos (y hasta tres) por uno”: cometa un delito, llevese dos sanciones (una penal, otra administrativa). Cual si de una promoción se tratase, entre sus condiciones generales deberían apuntarse que el beneficio aplica (casi) automáticamente. Sin obligación de compra: se otorgan algunos bonos gratis para aquellos que no hayan cometido delito alguno o que no lleguen a los mínimos legales. Oferta válida hasta agotar el stock de 1 (una) orden de expulsión por cada persona captada por el sistema penal. La casa se reserva, además del derecho de admisión, el derecho a hacer “dispensas”.

Siguiendo el tono del título, entre las condiciones generales deberían destacarse su aplicación prácticamente automática, los numerosos casos donde la expulsión puede ser señalada como “ilegal” y el extendido régimen de dispensas con el cual, por ahora, viene paliándose la extensa práctica de dictar órdenes de expulsión.

El punto de partida para analizar la intersección entre política migratoria y política criminal, a través del régimen de expulsiones por causales penales, debe ser el siguiente: la expulsión es una sanción en sí misma. A partir de esta consideración, la expulsión de una persona que ha cumplido la totalidad de su condena en Argentina violenta los principios básicos del *non bis in idem* tanto como el de igualdad y no discriminación (por el cual el resultado de cumplir una condena debe como mínimo tener los mismos efectos que el cumplimiento por una persona argentina) y el mismo derecho a migrar. Condena penal, expulsión por ella e incluso la prohibición de reingreso son tres sanciones originadas en el mismo hecho.

Entre los problemas relevados, deben consignarse, además: (i) el tratamiento de personas residentes que se presentaron a regularizar como “ingresantes”, el cual las priva de las mayores garantías que reviste el proceso de expulsión de aquellas; (ii) la expulsión sin cumplimiento del 29.c (por inexistencia de delito, por ser la condena inferior a tres años); (iii) la inequidad de la expulsión de personas por delitos relacionados con su documentación migratoria y con el régimen anterior en general, una pervivencia de la “ley” Videla que reproduce las condiciones de vulnerabilidad; (iv) el no cumplimiento de los requisitos de fondo (delito mayor a cinco años, período de espera de dos años, etc.) y de forma (suspensión e intervención judicial) para las personas residentes; (v) la falta de dispensa obligatoria para todos los casos en que la persona tenga familiares en Argentina; (vi) la ligereza burocrática con que se tramitan la mayoría de los pedidos de retención de personas, excepciones señaladas, equivalentes al formalismo ritual con que suelen tratarse los recursos administrativos; (vii) falta de verdadera revisión judicial, en el sentido de “efectiva”.

Los deseos de no ser expulsados y las manifestaciones de recurrir la decisión de expulsión se cuentan al por mayor. En esta articulación entre el derecho a migrar (a quedarse) y las facultades de expulsión del Estado también es grave que la expulsión sea compulsiva y no reconocida como derecho, para los casos del artículo 64.

Bibliografía

-Autores

- Barrera López, F. (2008), *La política de admisión de extranjeros inmigrantes en el derecho español y sus repercusiones ético-políticas. Una expresión de la cultura del control y de la lógica del pragmatismo*. Tesis de Doctorado, Universidad de Granada, mimeo.
- Ceriani Cernadas, P. (2004), "Nueva ley: un paso hacia una concepción distinta de la migración", en R. Giustanini (comp.), *Migración: un derecho humano*, Buenos Aires, Prometeo.
- Ceriani, P.; Morales, D.; Ricart, L. (2006) "Los derechos de los migrantes en la jurisprudencia argentina", en Abramovich V. / Bovino, A. / Courtis, C. (comps.), en *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década*, Buenos Aires: Del Puerto-CELS, pp.855-861.
- Chausovsky, Gabriel, "Apuntes jurídicos sobre la nueva Ley de Migraciones", en Giustiniani, R. (2004), *Migración: un derecho humano*, Buenos Aires: Prometeo, pp. 159-172.
- Goizueta Vértiz, J. (2008), "La libertad de desplazamiento de los extranjeros en territorio español: un reflejo de la política restrictiva en materia de extranjería", en J. Alberdi Bidaguren y - J. Goizueta Vértiz (coords.), *Algunos retos de la inmigración en el siglo XXI*, Madrid: Marcial Pons, pp. 79-116.
- Monclús Masó, M. (2005), *La gestión penal de la inmigración. El recurso al sistema penal para el control de los flujos migratorios*, Buenos Aires: Editores del puerto.
- Pacecca, María Inés, "Extranjeros en cárceles federales. Vulnerabilidad y discriminación". Disponible en: www.kcl.ac.uk/depsta/law/research/icps/worldbrief
- Sweeney, M. (2010), "Facto or fiction: the legal construction of immigration removal for crimes", *Yale Journal on Regulation*, nro. 27, pp. 47 y ss.

-Casos y jurisprudencia citados:

- Cámara Nacional de Casación Penal, sala I, "Chukura O' Kasili", sentencia del 28/02/2005.
- Cámara Nacional de Casación Penal, sala IV, "De Lange", sentencia del 19/10/2005.
- Cámara Nacional de Casación Penal, sala I, "Ferreiros Lojo", sentencia del 28/07/2009.
- Corte IDH (2010), Caso *Velez Loo vs. Panama*, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 23 de noviembre de 2010, Serie C nro. 218.
- Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal nro. 8, "EN-DNM-DISP. 147227/08 (Expte. 2057144/08) c. Rosas Toledano Katherin Margot s/ recurso directo para juzgados" (Expte 18210/2009), sentencia del 28 de septiembre de 2009.
- Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal nro. 8, "EN-DNM-DISP. 10243/05 (Expte. 2137181/93) c. Espinosa Vizcarra René Patricio s/ recurso directo para juzgados" (Expte. 13385/2010), sentencia del 19 de agosto de 2010.
- Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal nro. 1, "EN-DNM-DISP. 123699/08 y otras (Expte. 525003/0-01) c. Molina Cordova Nicolás s/ recurso directo para juzgados" (Expte. 14477/09), sentencia del 28 de agosto de 2009.
- Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal nro. 3, "EN-DNM-DISP. 11392/99 (Expte. 322670/99 c. Mendoza García Rocío s/ recurso directo para juzgados" (Expte. 39800/2009), sentencia del 26 de febrero de 2010.
- Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, causa 29.006, "G.M., R s/ rec. Casación", sentencia del 29 de octubre de 2009.