

La Ley Nacional de Migraciones N° 25.871 impone la expulsión de las personas extranjeras que han cumplido una condena penal en Argentina, independientemente de su arraigo y sus lazos familiares. A partir de diversas fuentes (estadísticas migratorias y penitenciarias, entrevistas a personas detenidas y a funcionarios/as, casuística, análisis normativo, jurisprudencial y de estándares interamericanos) este informe destaca el fuerte impacto del proceso penal en personas migrantes. Enfatiza la necesidad de modificar las causales de expulsión, aplicar las dispensas dispuestas por la propia ley y asegurar procedimientos que no vulneren los derechos fundamentales de las familias, los niños y las niñas.

Familias migrantes y detención

Una mirada sobre el impacto del proceso penal



Con el apoyo de



Familias migrantes y detención

Una mirada
sobre el impacto
del proceso penal



Procuración
Penitenciaria de la Nación

"En defensa de los DD.HH de las personas privadas de su libertad."



caref
Comisión Argentina para
Refugiados y Migrantes



Atribución-NoComercial-SinDerivadas
4.0 Internacional (CC BY-NC-ND 4.0)

Impreso en

GKU Gráfica Under

COMISION ARGENTINA PARA REFUGIADOS Y MIGRANTES (CAREF)

Gabriela Liguori, Directora Ejecutiva

www.caref.org.ar / caref@caref.org.ar

PROCURACIÓN PENITENCIARIA DE LA NACIÓN

Francisco Mugnolo, Procurador Penitenciario

www.ppn.gov.ar / info@ppn.gov.ar

Familias migrantes y detención : una mirada sobre el impacto del proceso penal /
María Inés Pacecca... [et al.].- 1a ed.- Ciudad Autónoma de Buenos Aires : CAREF -
Comisión Argentina para Refugiados y Migrantes ; Procuración Penitenciaria de la
Nación, 2020.

128 p. ; 22 x 16 cm.

ISBN 978-987-47029-2-0

1. Personas Migrantes. 2. Personas Detenidas. 3. Derecho de la Familia. I. Pacecca,
María Inés.

CDD 304.81

Créditos

Coordinación investigación e informe

María Inés Pacecca (CAREF)

Autoras

María Inés Pacecca (CAREF)

Gabriela Liguori (CAREF)

Marta Monclús Masó (PPN)

Jennifer Wolf (PPN)

Lucía Galoppo (CAREF)

Julieta Zagari (PPN)

Lucía Carbonelli (PPN)

Juana Denis Campan (CAREF)

Colaboradores

Hernán De Llano (MPD) – Capítulo 5

Romina I. Sijniensky (Corte IDH) – Capítulo 6

Trabajo de campo

María Laura Paredes, Mauricio Viora, María Fernanda Vicario Caram,

Lucía Galoppo, Loreley Bono, Julieta Zagari y Lucía Carbonelli

Procesamiento de datos

Analía Ameijeiras – Bases SNEEP, federales y provinciales

Lucía Wappner, Ayelén Pessagno, Sebastián Cahe, Vanessa Cerón, Noelle

Crozier y Lucía Mazzota (Programa de Investigación y Formación,

CAREF, cohorte 2018) – Base SNEEP federal

Diseño de tapas e interiores

Paula Frankel

@paufrankel

Índice

Presentación 7

Capítulo 1. ¿Por qué mirar familias migrantes y detención? 13

Capítulo 2. El impacto del Decreto de Necesidad y Urgencia
70/2017 en las residencias y expulsiones de migrantes 21

Capítulo 3. Aproximaciones a la composición del conjunto de
personas extranjeras presas en Argentina..... 49

Capítulo 4. Familias, detención y expulsión. La condena penal
y la condena administrativa..... 73

Capítulo 5. La actuación de la Defensa Pública frente a las
órdenes de expulsión antes y después del DNU 70/2017.
De las vallas a la muralla 99

Capítulo 6. Personas migrantes y detención por motivos penales.
Estándares interamericanos en materia de expulsiones..... 109

Capítulo 7. Reflexiones finales..... 123

Referencias bibliográficas..... 129

Presentación

Este informe es el resultado del trabajo conjunto de dos organizaciones —una gubernamental y otra de la sociedad civil— cuyas intervenciones y agendas institucionales se vertebran en torno a sus respectivos mandatos de protección de derechos.

Una de ellas es la Procuración Penitenciaria de la Nación (PPN), creada en 1993 con una doble misión: proteger los derechos fundamentales de las personas privadas de libertad en el ámbito federal y controlar la actuación del Servicio Penitenciario Federal. Para ello, la PPN puede ingresar a todos los lugares donde haya personas privadas de libertad bajo jurisdicción federal, ya sea por la comisión de un delito, por motivos migratorios o por cualquier otra circunstancia. Si bien desde 2004 la PPN se encuentra en el ámbito del Poder Legislativo Nacional (Ley 25.875), se trata de un organismo dotado de plena autonomía e independencia. En el año 2012 fue incorporada como parte integrante del Comité Nacional de Prevención de la Tortura y mecanismo para la prevención de la tortura en todos los lugares de detención dependientes de autoridad nacional y federal (arts. 11, 32 y 36, Ley 26.827).

La otra organización es la Comisión Argentina para Refugiados y Migrantes (CAREF), una asociación civil sin fines de lucro fundada en 1973. Auspiciada por iglesias protestantes históricas, su objetivo principal consiste en promover los derechos de las personas migrantes y refugiadas a través de la construcción de políticas y prácticas sociales que consoliden su integración en condiciones de justicia y equidad. A través de su Servicio Social y su Clínica Jurídica (esta última en convenio con la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y el Centro de Estudios Legales y Sociales), CAREF brinda asistencia y asesoramiento directo para el acceso a derechos a personas y familias migrantes. Es principalmente sobre este trabajo técnico que CAREF construye su agenda de incidencia y se integra a redes nacionales, regionales y globales.

Puesto que sus respectivos mandatos de protección de derechos humanos se intersectan en la población extranjera detenida, hace varios años CAREF y el Área de Extranjeros en Prisión y Argentinos Privados de su Libertad en el Exterior de la PPN comenzaron a articular algunas intervenciones y a pensar estrategias comunes. En este sentido, en 2018 firmaron un convenio marco de colaboración y en el marco de las urgencias de protección generadas a partir de la sanción del Decreto de Necesidad y Urgencia 70/2017 (que modificó aspectos sustanciales de la Ley de Migraciones), ambas instituciones emprendieron una investigación conjunta que contribuyera a describir los efectos de las modificaciones legislativas en la vida de las personas migrantes condenadas, procesadas o simplemente en situación migratoria irregular. El relevamiento también esperaba dar continuidad a la perspectiva de trabajo inaugurada en el informe Prisión e inmigración. Población extranjera detenida en cárceles federales, realizado por la PPN y publicado en 2014. Allí se dio cuenta de los principales aspectos de la vida en la cárcel (educación, trabajo, asistencia médica, visitas de familiares, asistencia consular, expulsión) de quienes ya residían en Argentina antes de su detención y de quienes fueron detenidos/as en el marco de investigaciones por delitos detectados al entrar o salir del país –tales como tráfico de sustancias prohibidas–.

La investigación conjunta, cuyos resultados se presentan en este informe, se realizó durante 2018 y 2019. La indagación se centró en personas extranjeras presas que residían en Argentina antes de su detención: habían arribado al país años atrás, en el marco de proyectos migratorios de diversa duración y habían construido lazos familiares (parentales y/o conyugales) en el lugar de destino. En relación a estas personas, el foco se puso en dos aspectos. Por un lado, la descripción y análisis de los efectos del proceso penal en su situación migratoria, con especial atención a la regularidad/irregularidad, la expulsión a mitad de condena y la aplicación de dispensas (para evitar la expulsión) a quienes las solicitaran (arts. 64, 29 y 62 respectivamente de la Ley de Migraciones, modificada por el DNU 70/2017). Por el otro, se indagó en la preservación y continuidad de los vínculos familiares (especialmente con hijos e hijas menores de 18 años) de varones y mujeres migrantes detenidos/as en cárceles federales.

El *Capítulo I – ¿Por qué mirar familias migrantes y detención?* señala el cúmulo de suplementos punitivos que toleran y padecen las personas migrantes presas (aunque sean residentes de larga data) y destaca el castigo adicional que implica la posible expulsión del territorio nacional tras el cumplimiento de la condena. Este castigo recae también sobre sus familias, de las que son par-

te miles de niños, niñas y adolescentes argentinos. El *Capítulo II – El impacto del Decreto de Necesidad y Urgencia 70/2017 en las residencias y expulsiones de migrantes* reseña las modificaciones que acarrió el DNU y evalúa sus efectos a partir de información provista por la Dirección Nacional de Migraciones sobre las órdenes de expulsión dictadas y ejecutadas (y sus motivos) entre 2014 y 2019. Mediante procesamientos especiales de la base pública de datos del Sistema Nacional de Estadísticas de Ejecución de la pena (SNEEP), ¹ el *Capítulo III – Aproximaciones a la composición del conjunto de personas extranjeras presas en Argentina* describe y analiza las características de la población extranjera en cárceles federales y provinciales entre 2002 y 2019. El *Capítulo IV – Familias, detención y expulsión. La condena penal y la condena administrativa* se basa en 32 entrevistas realizadas a personas detenidas en cárceles federales y en el análisis de una pequeña cantidad de órdenes de expulsión que fueron recurridas en sede administrativa y judicial. En todos los casos, hubo niños, niñas y adolescentes gravemente afectados por la expulsión de un padre o una madre *que ya habían cumplido su condena penal en el país*.

En marzo de 2019, la PPN y CAREF realizaron una presentación de los resultados preliminares en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. El evento, titulado *Familias migrantes y detención. Una mirada preliminar sobre el impacto del proceso penal*, contó con dos expositores invitados: Hernán De Llano (Co-titular de la Comisión del Migrante del Ministerio Público de la Defensa) y Romina Sijniensky (Abogada Senior de la Corte Interamericana de Derechos Humanos). Sus presentaciones, basadas en su propia experiencia profesional e institucional en la protección de los derechos de personas migrantes detenidas por motivos penales, conforman los capítulos V y VI. El *Capítulo V – La actuación de la Defensa Pública frente a las órdenes de expulsión antes y después del DNU 70/2017. De las vallas a la muralla*, escrito por Hernán De Llano, comparte y evalúa las modalidades y estrategias que ha implementado la Defensa Pública para discutir los procedimientos de expulsión de personas condenadas o con procesos penales en trámite. En el *Capítulo VI – Personas migrantes y detención por motivos penales. Estándares interamericanos en materia de expulsiones*, Romina Sijniensky se refiere a los criterios desarrollados por la Corte y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para guiar a los Estados en la protección de los derechos de las personas migrantes, refugiadas y solicitantes de asilo, especialmente aquellos que conciernen a migrantes y me-

¹ El SNEEP es el sistema de estadísticas elaborado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación sobre la población presa en Argentina.

didadas de expulsión.

Finalmente, el *Capítulo VII – Reflexiones finales* retoma el análisis de algunos de los nudos que se presentan cuando el accionar punitivo del Estado (tanto el penal como el administrativo) intersecta las trayectorias de familias caracterizadas por la migración de uno o varios de sus integrantes. En base a ello se proponen algunos lineamientos para las políticas públicas fundamentalmente en materia migratoria.

En conjunto, las diversas vías que proponen los capítulos de este informe muestran cómo la justicia penal y la administración migratoria conciben y ponderan la permanencia y los lazos familiares a la hora de dispensar o exceptuar la expulsión de las personas que ya han cumplido condena penal. Puesto que el DNU 70/2017 amplió descomunadamente los motivos por los cuales corresponde la expulsión, de modo que miles de migrantes se convierten en expulsables, urge no solo su derogación, sino también una revisión de fondo que restrinja fuertemente las causales y que asegure que los procedimientos de expulsión no vulneren los derechos de las familias, de los niños y de las niñas.

Agradecimientos

- Al Procurador Penitenciario Francisco Mugnolo, al Procurador Adjunto Interino Ariel Cejas Meliari y a la Directora General Interina de Protección de Derechos Humanos Andrea Triolo, por el apoyo y la confianza que han depositado en nosotras para el desarrollo de este proyecto.
- A los funcionarios y las funcionarias de las instituciones públicas que compartieron información y reflexiones sobre su tarea.
- A las personas migrantes presas en cárceles federales que nos contaron sus preocupaciones y expectativas respecto a su futuro y al de sus familias en Argentina.

Esta investigación se realizó con la cooperación de United Methodist Committee on Relief (UMCOR).

Acerca de la Procuración Penitenciaria de la Nación

Para llevar adelante su labor, la PPN cuenta con equipos específicos de intervención, entre ellos el Área de Extranjeros en Prisión y Argentinos Privados de Libertad en el Exterior, dedicada al abordaje de la población extranjera presa por la comisión de un delito o por detención migratoria (en el marco de la aplicación de la Ley Nacional de Migraciones N°25.871) y de los ciudadanos argentinos presos en el extranjero. A fin de detectar, abordar, y visibilizar las problemáticas que pudieran atravesar a estas poblaciones, se mantienen entrevistas personales y confidenciales con las personas extranjeras privadas de libertad, se monitorean las condiciones de alojamiento y se abordan casos de tortura, entre otras acciones. A partir de estas intervenciones se realizan recomendaciones a los diferentes actores del sistema administrativo, penal y penitenciario y se incide en causas judiciales como denunciante, querellante en procesos penales, parte actora en procesos de habeas corpus colectivos o amigo del tribunal (*amicus curiae*).

En relación a la detención migratoria, esta Procuración no puede desarrollar completamente su competencia puesto que no se cuenta con información pública de las retenciones que practica la Dirección Nacional de Migraciones. Por ello, desde 2016 se viene reclamando la falta de acceso a información pública en materia de detenciones migratorias y expulsiones del territorio nacional. Entre las acciones emprendidas, se emitió una Recomendación (N°847/PPN/16) solicitando a la Dirección Nacional de Migraciones que informe de las retenciones que se practiquen. Ello fue puesto en conocimiento del Comité contra la Tortura, del Grupo de Trabajo de Detenciones Arbitrarias y del Comité de Protección de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familias de Naciones Unidas. Los tres órganos internacionales se expidieron reconociendo la importancia de que la Procuración Penitenciaria de la Nación cuente con información sobre las detenciones migratorias producidas.

En razón de la ausencia de información pública, las intervenciones de la PPN están supeditadas únicamente a los casos que llegan a su conocimiento a través otros canales de información tales como la defensa pública, la comunicación de algún familiar de la persona retenida o de alguna organización de la sociedad civil. A pesar de estas dificultades, la PPN sistematiza en una base consolidada la información de estas intervenciones y de aquellos datos que aleatoriamente aportan distintas fuerzas de seguridad que actúan como policía migratoria auxiliar respecto de las retenciones por infracción a la Ley Nacional de Migraciones N° 25.871. En la actualidad se continúan trabajando algunos casos, desde una intervención judicial.

www.ppn.gov.ar

Acerca de la Comisión Argentina para Refugiados y Migrantes (CAREF)

Mediante un equipo interdisciplinario, CAREF lleva adelante las siguientes grandes líneas de trabajo:

- Asistencia directa a personas migrantes, refugiadas y solicitantes de asilo a través del Servicio Social y la Clínica Jurídica (mediante convenio entre CAREF, el Centro de Estudios Legales y Sociales y la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires).
- Acciones de incidencia a través de la participación en redes e iniciativas colectivas nacionales, regionales e internacionales destinadas a promover políticas públicas que aseguren igualdad de derechos y oportunidades para personas migrantes, refugiadas y solicitantes de asilo.
- Actividades de formación y fortalecimiento destinadas a las comunidades migrantes, asociaciones de base, áreas de gobierno involucradas en temáticas migratorias y redes de la sociedad civil.
- Investigaciones sobre temáticas migratorias y de asilo. Orientadas por una perspectiva de derechos, se definen periódicamente a partir de los intereses y preocupaciones institucionales de CAREF.
- Comunicación y campañas de sensibilización, difusión y promoción de derechos dirigidas a distintas audiencias.
- El archivo histórico, que conserva, organiza, sistematiza y pone en valor los expedientes que dan cuenta del trabajo realizado por CAREF, en especial por el Servicio Social.

CAREF recibe o ha recibido cooperación de Pan para el Mundo, la Federación Luterana Mundial, United Methodist Committee on Relief (UMCOR), Evangelical Lutheran Church in America (ELCA), el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), el Fondo de Población de las Naciones Unidas (UNFPA), la Unión Europea, la Organización Internacional para las Migraciones y la Embajada de Canadá en Argentina (entre otros).

¿Por qué mirar familias migrantes y detención?

En los últimos años, los crecientes flujos migratorios han llevado a que las personas migrantes sean objeto de especial atención en los diversos Estados que las reciben, entre los que se incluye Argentina. En los mejores (pero infrecuentes) supuestos, esto se traduce en medidas de acción positiva sensibles a las vulnerabilidades que suelen estar asociadas a los procesos migratorios. En los peores, se expresa en forma contraria: mediante una mayor estigmatización, persecución e incluso criminalización, tal como ha sucedido en nuestro país recientemente. En 2016, el intento de puesta en marcha de un centro de detención para migrantes ¹ contribuyó a propagar (en los medios de comunicación y entre algunos actores públicos) discursos que con argumentos prejuiciosos y falaces y con datos erróneos han insistido en vincular migración y criminalidad.

Lo cierto es que los argumentos expresados en estos discursos ni siquiera se condicen con los datos producidos por el propio Estado respecto de las personas extranjeras presas. En Argentina, el Sistema Nacional de Estadísticas de Ejecución de la Pena (SNEEP) comenzó a publicar información

¹ En agosto de 2016, la Dirección Nacional de Migraciones informó a través de su página web que había firmado un acuerdo con los Ministerios de Seguridad de la Nación y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires para crear un centro destinado a alojar a personas infractoras de la Ley de Migraciones N° 25.871 en calidad de "retenidas". La comunidad migrante en general y numerosas organizaciones de la sociedad civil se pronunciaron inmediatamente en contra el proyecto. Posteriormente, la PPN relevó que se habían suspendido las obras y el centro de detención no se concretó. Para más detalles, ver Canelo (2016).

oficial en el año 2002.² A nivel nacional, estos datos muestran que hasta 2004 la población extranjera representaba el 5% del total de población encarcelada en el país. En 2005 el porcentaje ascendió al 6%, manteniéndose estable hasta 2018 –último año informado al cierre de esta investigación—. Ello implica que en la actualidad encontramos 6.200 personas extranjeras presas sobre un total de 95.000.³

En el caso del Servicio Penitenciario Federal (SPF), los primeros años de registro mostraron un incremento en las personas extranjeras detenidas, para luego mantenerse estable en torno al 20%. Efectivamente, entre 2008 y 2014 el porcentaje fluctuó entre el 19% y el 21%, con un único pico de 23% en 2015. Para los últimos dos años informados (2017 y 2018), las personas extranjeras representan un 20% de la población total del SPF: es decir 2.429 sobre un total de 11.861 presos para 2017 y 2.700 sobre 13.358 en 2018.

La sobrerrepresentación del colectivo extranjero en las cárceles del Servicio Penitenciario Federal se debe a que muchas de estas personas están detenidas por infracción a la ley N° 23.737 (usualmente denominada Ley de drogas). Pese a la desfederalización⁴ de ciertos delitos tipificados en la norma, en algunas jurisdicciones el grueso de los detenidos se encuentra a disposición de la justicia federal y consecuentemente están alojados en cárceles del SPF.

Si analizamos con mayor detalle los datos sobre la población extranjera presa en cárceles federales (SNEEP 2018), se advierte que la mayoría son ciudadanos de países latinoamericanos: 708 personas provienen de Perú, 700 de Paraguay, 614 de Bolivia, 152 de Colombia, 132 de Uruguay, 106 de Chile, 32 de Brasil y 10 de Ecuador. Sumadas, representan el 90% de las personas extranjeras presas. Entre las otras nacionalidades, hay 25 personas de China, 18 de España, 9 de Italia, 2 de Sudáfrica y 6 de Nigeria. La mayoría son varones

2 Las bases del SNEEP son abiertas y están disponibles en <https://www2.jus.gov.ar/dnpe/sneep.html>

3 Informe SNEEP 2018, disponible online.

4 La ley N° 26.052/2005, introdujo importantes cambios en la Ley de Estupeficientes (N° 23.737), vigente para todo el territorio nacional desde octubre de 1989. El proceso de desfederalización iniciado en 2005 implicó el traslado de ciertas competencias materiales y territoriales. Así, algunos delitos tipificados en la Ley 23.737 pasaron del ámbito federal al ámbito de la justicia ordinaria de cada provincia. Dicha traslación de competencias requiere que cada estado provincial – incluso la Ciudad Autónoma de Buenos Aires– dicte la correspondiente ley de adhesión. En la actualidad, han adherido a la 26.052 las provincias de Buenos Aires, Córdoba, Salta, Entre Ríos, Tucumán, Chaco, La Rioja y Ciudad de Buenos Aires.

adultos, mientras que las mujeres representan el 14% y la población LGBTTIQ el 1%. El 62% se encuentra con prisión preventiva (sin condena firme) y el 62% tiene entre 25 y 44 años, es decir que se trata de personas jóvenes en edad económicamente activa. De ellos, el 57% declaró contar con algún oficio o profesión que pudiese ejercer, pero el 40% se encontraba desocupado al momento de su detención.⁵ Casi el 30% de los extranjeros presos no finalizó sus estudios primarios, y algunos (3%) no cuentan con ningún tipo de instrucción. El 58% de la población extranjera se encuentra presa por infracción a la Ley de Drogas N° 23.737 (valor que asciende al 82% en el caso de las mujeres) y el 71% de quienes están condenados han recibido penas de 5 años o menos.

En relación a las mujeres extranjeras detenidas, vale señalar que el 82% de quienes tienen condena han recibido penas de entre 3 y 6 años, en su mayoría en causas vinculadas con la Ley de Drogas. Casi ninguna de estas mujeres cumplía un rol relevante en la cadena de tráfico de drogas, sino que su participación suele ser como último eslabón (de *narcomenudeo* o *microtráfico*) transportando pequeñas cantidades de drogas en sus equipajes o cuerpos. Lejos de ser narcotraficantes, suelen ser coaccionadas y utilizadas por el crimen organizado, que es quien se beneficia con estas actividades. La “selección” de esas mujeres no resulta azarosa: son principalmente madres, cuidadoras o jefas de familia en situación de pobreza o grandes apuros socioeconómicos que ven en estas ofertas la posibilidad de llevar algo de dinero a sus hogares.

A principios de 2017, en un contexto signado por la estigmatización de las personas migrantes, un decreto de necesidad y urgencia modificó las leyes de migraciones y de ciudadanía, dos piezas jurídicas nodales para la inclusión social y la protección de derechos de las personas extranjeras que viven en Argentina.⁶ En lo que respecta a la Ley de Migraciones, el DNU 70/2017 modificó (entre otras cuestiones) los impedimentos de ingreso y permanencia, así como el régimen de dispensas. Es decir que se ampliaron las razones por las cuales la autoridad migratoria puede impedir el ingreso de personas extranjeras y cancelar las residencias de quienes ya viven en el país (abriendo la puerta a la ex-

5 De las personas argentinas detenidas, 50% declaró oficio o profesión y 46% se declararon desocupadas al momento de la detención.

6 La Ley de Migraciones (N° 25.871) fue aprobada a fines de 2003 y promulgada a principios de 2004. La Ley de Ciudadanía (N° 346) fue aprobada en 1869. A lo largo del tiempo sufrió diversas modificaciones y actualizaciones, siempre a través de leyes con trámite parlamentario regular.

pulsión), y al mismo tiempo se restringió el abanico de situaciones (vinculadas a los lazos familiares o al arraigo) por las cuales las personas migrantes pueden solicitar que no se ejecute la expulsión. En cuanto a la Ley de Ciudadanía, desde su sanción en 1869 estableció que, para solicitar la nacionalidad argentina por naturalización, las personas extranjeras debían ser mayores de edad y contar con dos años de residencia continua en el país. El DNU modificó este requisito, indicando que la residencia de dos años ya no sería más de hecho, sino en calidad de residente temporario o permanente en los términos que fija la Ley de Migraciones.⁷

El DNU fue inmediatamente cuestionado por la sociedad civil y dio lugar a un amparo colectivo que a la fecha de redacción de este informe (noviembre de 2019) se encuentra a la espera del pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.⁸ En tanto se resuelva la acción interpuesta, las modificaciones que el DNU realizó sobre las leyes de migraciones y ciudadanía se encuentran vigentes y su impacto sobre las personas extranjeras residentes en Argentina ha sido significativo. No solo porque estos cambios fueron precedidos y acompañados por un discurso público y mediático estigmatizante y criminalizante, sino también porque dieron lugar a procedimientos administrativos sumarísimos y sin posibilidad concreta de control judicial.

Según información provista por la Dirección Nacional de Migraciones, entre la sanción del DNU y septiembre de 2018, se cancelaron casi 1.200 residencias ya otorgadas, la mitad de ellas a personas con condenas no firmes y

7 Esta modificación se opone a lo que establece la Constitución Nacional, cuyo artículo 20 indica que los extranjeros "obtienen nacionalización residiendo dos años continuos en la Nación; pero la autoridad puede acortar este término a favor del que lo solicite, alegando y probando servicios a la República". También desconoce la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación que en el caso *Ni I-Hsing* (2009) interpretó el requisito de dos años de residencia, señalando que las categorías establecidas en la Ley de Migraciones no son determinantes a la hora de configurar la residencia de hecho que es requisito fundamental para obtener la ciudadanía por naturalización. actualidad, han adherido a la 26.052 las provincias de Buenos Aires, Córdoba, Salta, Entre Ríos, Tucumán, Chaco, La Rioja y Ciudad de Buenos Aires.

8 El recurso de amparo fue interpuesto en febrero de 2017 ante el fuero Contencioso Administrativo Federal en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires por tres organizaciones de la sociedad civil: la Comisión Argentina para Refugiados y Migrantes (CAREF), el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) y el Colectivo por la Diversidad (COPADI). En oportunidad de la apelación ante la Cámara correspondiente luego del rechazo en primera instancia, la Procuración Penitenciaria de la Nación presentó un *amicus curiae*, donde destacó el empleo de información inexacta como fundamento para la modificación legislativa y aportó los datos producidos por la Procuración en relación a la población extranjera en prisión. De igual modo, se presentó ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación a fin de exponer su opinión en la tramitación de recurso extraordinario federal en curso.

sin distinción por el monto de la pena que eventualmente les correspondería.⁹ A su vez, de 79 cancelaciones de residencia con orden de expulsión emitidas en 2016, se pasó a 527 en 2017. De ellas, 75% tuvieron como destinatarias a personas paraguayas, bolivianas y peruanas, que conforman las comunidades migrantes más numerosas y con largo arraigo en Argentina. Finalmente, de las 33 expulsiones efectivamente materializadas en 2016 (fundadas en incumplimientos de la ley migratoria) se pasó a 75 en 2017, a 236 en 2018 y 326 entre enero y septiembre de 2019.

Si bien se trata de cifras comparativamente pequeñas en relación a los 2.000.000 de inmigrantes que viven en Argentina, su crecimiento exponencial (consistente con las modificaciones introducidas por el DNU) ha sido una señal de alerta, de la misma manera que los relatos de los familiares de quienes fueron expulsados sorpresivamente entre 2016 y principios de 2017. Efectivamente, en los meses anteriores a la aprobación del DNU 70/2017, las organizaciones vinculadas a la protección de derechos de las personas migrantes comenzamos a detectar la ocurrencia de expulsiones a todas luces irregulares, tanto por sus motivos como por los procedimientos mediante los que eran efectivizadas. A continuación resumimos brevemente dos ejemplos.

- En julio de 2016, R.B., un hombre paraguayo que en 2008 había recibido (y cumplido) una condena de dos años y medio por tenencia de estupefacientes, fue detenido por efectivos de Gendarmería Nacional Argentina en una zona céntrica de la Ciudad de Buenos Aires. El hombre salía de una farmacia, donde había adquirido un medicamento para su esposa embarazada. Aduciendo la existencia de una orden de expulsión (que en verdad había sido suspendida por el tribunal competente meses antes), los gendarmes lo trasladaron a una celda —aparentemente ubicada en la sede central de la Dirección Nacional de Migraciones, a pocas cuadras del sitio donde ocurrió la detención—. Allí lo mantuvieron incomunicado hasta el día siguiente, cuando fue subido a un transporte que lo llevó hasta Paraguay. Recién al llegar a la casa de su madre, en Ciudad del Este, pudo comunicarse con su esposa y su hija. Cuatro meses más tarde, luego de que la Dirección Nacional de Migraciones se

9 Estas cifras fueron informadas por la Dirección Nacional de Migraciones como respuesta a un pedido de acceso a la información pública cursado por el Centro de Justicia y Derechos Humanos de la Universidad Nacional de Lanús.

aviniera a levantar la prohibición de reingreso que impedía su retorno al país, R.B. pudo volver a su casa para reunirse con su familia y conocer a los mellizos nacidos en su ausencia.

- A principios de 2017, la Policía se presentó en el domicilio de J.H.B., un hombre peruano que vivía en Buenos Aires desde 1997. Con la excusa de que concurriría unos minutos a la comisaría próxima para firmar un papel, lo subieron a un móvil policial. Sin poder comunicarse con su familia, estuvo detenido una noche en una celda. De allí lo llevaron al aeropuerto, donde lo subieron esposado a un vuelo con destino a Perú. Ya habían pasado más de diez años desde que J. había cumplido una condena en una causa por estupefacientes. En Buenos Aires quedaron su esposa y sus 4 hijos e hijas. Tres habían nacido en Argentina y dos eran aún menores de edad al momento de la expulsión de J. En la actualidad, pese a las múltiples acciones iniciadas ante la justicia dando cuenta de la vulneración de sus derechos y los de toda su familia, J. permanece en Perú sin poder regresar, ya que sigue vigente la prohibición de reingreso.

Estas expulsiones prefiguraron prácticas que volverían a repetirse y alertaron sobre posibles irregularidades procedimentales. Pero también visibilizaron de manera contundente a las familias y a los niños y niñas cuya cotidianidad era despedazada por una práctica administrativa ejercida contra personas de su entorno. A partir de 2017 estos procedimientos aumentaron y se aceleraron, ya que el DNU amplió las causales de expulsión y puso en marcha procedimientos sumarísimos que atentan contra las garantías del debido proceso y el derecho de defensa.¹⁰

Para ese entonces, en el Servicio Social de CAREF comenzamos a observar un incremento sustancial de consultas relativas a antecedentes penales. Resultaba evidente que este nuevo dispositivo normativo había generado gran preocupación en personas que estaban o habían estado detenidas, y en sus familiares. Los discursos públicos y mediáticos que abonan construcciones prejuiciosas, peligrosas y difíciles de desarticular, sumados a modificaciones con-

cretas de las prácticas institucionales, generaron un panorama desalentador y desbordado por las urgencias. El diálogo y el trabajo conjunto entre diversas organizaciones con mandato de protección de derechos estuvieron a la orden del día. Las intervenciones para evitar o detener las expulsiones de quienes ya habían cumplido sus condenas penales (y bajo ningún concepto merecían un nuevo y desigual castigo administrativo a través de la expulsión y prohibición de reingreso) evidenciaron también la sistemática no aplicación de las dispensas establecidas en el propio DNU.

¿Qué es entonces lo que efectivamente ocurre con las personas migrantes detenidas? ¿Cómo operan los marcos normativos en su vida cotidiana y en sus familias, especialmente en términos de garantías y de derechos?

En esta investigación nos hemos abocado a analizar la situación de personas migrantes procesadas, condenadas o que ya habían cumplido su condena (y tal vez el antecedente penal aún no había caducado). Se trata de personas sobre las que se descarga y aglutina el cúmulo de prejuicios, mitos y estigmatizaciones dirigidos a migrantes y a quienes han cometido —o han sido acusados de cometer— algún delito. Se trata de personas que encarnan en sus cuerpos y en sus trayectorias la intersección de múltiples vulneraciones de las que surgen numerosas vulnerabilidades. Si estas situaciones y procesos no se analizan detenidamente, los mitos y prejuicios no son confrontados y pueden pasar por certezas. El riesgo mayor ocurre cuando estas falsas certezas informan o sostienen (de manera implícita o explícita) las decisiones de funcionarios públicos.

En este cuadro de situación ¿por qué detenernos en las familias y en el impacto que en ellas genera la detención?

Es harto sabido que la cárcel, como institución cerrada, resulta nociva para todas las personas que deben transitarla. Entre muchas otras cuestiones, la privación de libertad provoca la separación física entre la persona detenida y su entorno familiar. En ese contexto, los vínculos se mantienen a través del contacto telefónico y/o las visitas. El contacto telefónico depende del funcionamiento de los teléfonos públicos instalados en la cárcel y de la posibilidad económica de la persona de obtener tarjetas telefónicas. La concreción de visitas se ve supeditada a contar con el dinero y el tiempo para trasladarse hasta la cárcel donde el familiar esté alojado. Puesto que el alojamiento de las personas presas es definido por el SPF en función de criterios de seguridad, sin contem-

¹⁰ Ver capítulos II y IV en este informe.

plar el último lugar de residencia de la persona, en muchos casos las personas son enviadas a cárceles ubicadas en provincias distintas al lugar de residencia habitual. Además, los traslados sin notificación previa a cárceles lejanas del domicilio familiar constituyen una práctica penitenciaria sistemática y arbitraria que vulnera derechos fundamentales de las personas presas.¹¹

Si la cárcel como institución cerrada resulta nociva para todas las personas que deben transitarla, la situación es más gravosa aún para las personas extranjeras. Aunque sean residentes de larga data, quienes están presos en un país del que no son nacionales toleran y padecen un cúmulo de suplementos punitivos. En el caso de las personas migrantes, sin duda el más gravoso consiste en la amenaza de expulsión del territorio nacional una vez que hayan cumplido de manera total o parcial su condena. Acompañada de una prohibición de reingreso de varios años (o de por vida), esta disposición —que afecta únicamente a las personas extranjeras— desarticula las familias y su derecho a permanecer unidas. Paradójicamente, la misma ley que impone la expulsión reconoce la importancia de asegurar la residencia en un mismo territorio en el caso de familias migrantes. Efectivamente, en su artículo 10, la Ley de Migraciones sostiene que *“el Estado garantizará el derecho de reunificación familiar de los inmigrantes con sus padres, cónyuges, hijos solteros menores o hijos mayores con capacidades diferentes”*.

En este sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos dispuso que cuando existan trámites de expulsión en los que se encuentre en juego la unidad familiar, los Estados tienen la obligación de garantizar que los procedimientos de expulsión de personas extranjeras tomen en consideración los mejores intereses de sus hijos e hijas, así como los derechos de la persona a una vida familiar.¹² Para ello, los Estados deben establecer oportunidades procesales para evitar la expulsión cuando suponga un grave daño para la vida familiar de la persona a ser expulsada y de las y los integrantes de su familia. Sin embargo, en Argentina, la práctica frecuentemente se aparta de esta concepción, más aún a partir de las modificaciones establecidas por el DNU 70/17.

11 Por este motivo, desde el año 2014, la Procuración Penitenciaria promueve una propuesta legislativa dirigida a implementar el control judicial de los traslados de las personas presas. En concordancia con la afirmación de la arbitrariedad en el régimen de traslados, la Corte Interamericana de Derechos Humanos falló en el caso “López y otros c. Argentina” en noviembre de 2019. En el marco de dicho caso, la Procuración Penitenciaria de la Nación se presentó como experto.

12 Ver capítulo VI de este informe.

El impacto del Decreto de Necesidad y Urgencia 70/2017 en las residencias y expulsiones de migrantes

En los Estados modernos, las leyes migratorias o de extranjería constituyen la pieza central de los regímenes jurídicos y las prácticas administrativas que regulan la presencia de personas no nacionales en el territorio. A lo largo del siglo XX, las normas, usos y dispositivos destinados al control de personas extranjeras se fueron extendiendo y especializando, en parte en respuesta a cambios en los patrones migratorios y en los intereses de los Estados (que ya no “fomentaban” la inmigración, como lo habían hecho durante el siglo XIX), y en parte debido a la consolidación de dispositivos tecnológicos tales como la dactiloscopia, la fotografía, el almacenamiento de datos y los programas de reconocimiento facial (Castles, 2014). La homogeneización y homologación de los documentos de viaje (pasaportes numerados, con foto, huella dactilar y datos personales), emitidos con exclusividad por agencias o reparticiones nacionales abocadas a la identificación poblacional, constituye una de las pruebas más tangibles de la expansión, estandarización y universalización de los controles (Torpey, 1998).

Desde esta perspectiva, podemos ubicar a las normas migratorias como un doble dispositivo —de control de ingreso en frontera y de control de permanencia en el territorio nacional— cuyos efectos jurídicos, administrativos y policiales modulan las trayectorias y el acceso a diversos derechos por parte de un grupo poblacional específico conformado por las personas extranjeras.

Como mínimo, las normas migratorias o de extranjería establecen los requisitos que deben cumplimentar las personas para a) salir de su país de nacionalidad o residencia habitual; b) ingresar a un país del que no son nacionales ni residentes; y c) permanecer en un país del que no son nacionales. En términos más específicos, establecen qué personas pueden ingresar al país, por donde deben ingresar y con qué documentación; cuáles son los permisos de residencia disponibles (qué autorizan y qué prohíben); cuáles son las sanciones por infringir la ley migratoria y por qué motivos las personas extranjeras pueden ser expulsadas o deportadas del territorio nacional.¹

Acerca de los permisos de ingreso y residencia en Argentina

- ✓ Una persona que ha ingresado con un **permiso transitorio de turista** estará en situación regular durante el tiempo en que ese permiso esté vigente (generalmente, entre 15 y 90 días) a condición que no trabaje —ya que se trata de una autorización de ingreso y permanencia que expresamente prohíbe trabajar—.
- ✓ Los **permisos de residencia temporarios** (típicamente entre 6 meses y 3 años) conllevan autorización para trabajar y estudiar, así como para ingresar y egresar del territorio argentino durante el plazo establecido para la permanencia. La renovación de estos permisos por un nuevo período está sujeta al cumplimiento de determinados requisitos. Luego de sucesivas renovaciones (1 o 2 según el caso) se puede acceder a un permiso permanente.
- ✓ Los **permisos de residencia permanente** (es decir: sin fecha de vencimiento) implican las mismas autorizaciones que los permisos temporarios pero sin fecha de caducidad. Sin embargo el Estado puede cancelar dicho permiso por diversas razones, entre ellas, la condena penal o por haber permanecido fuera del territorio nacional por dos años.
- ✓ Los requisitos para estos permisos así como la documentación exigible para respaldar cada solicitud están establecidos en la normativa migratoria.

¹ La expulsión constituye un acto administrativo de la autoridad migratoria sujeto a un procedimiento previo, de mayor o menor complejidad según la regulación de los distintos países. El término deportación se suele usar en sentido más amplio e incluye además de la expulsión otros mecanismos de control migratorio como tales como la denegación de entrada y el retorno involuntario. Por otra parte, la extradición —que en ocasiones se confunde con la expulsión— no es una institución del derecho migratorio sino que tiene que ver con un proceso penal en trámite en otro país, el cual reclama la entrega de la persona imputada al país en la que ésta se encuentra.

En Argentina, estos procedimientos se rigen por la Ley de Migraciones N°25.871 del año 2004² y por su Decreto Reglamentario 616/2010. Entre los puntos salientes de la ley se destaca la concepción de la migración como “un derecho esencial e inalienable de la persona y la República Argentina lo garantiza sobre la base de los principios de igualdad y universalidad” (art. 4); así como el acceso de todas las personas migrantes a la salud, educación, justicia, asistencia social y atención sanitaria, cualquiera sea su situación migratoria (arts. 6, 7 y 8). Es decir que la ley indica expresamente que la irregularidad migratoria no será un obstáculo a la hora de acceder a un conjunto de derechos básicos. Enfatiza también el derecho a la reunificación familiar (art. 10) y promueve la participación de las personas migrantes “en las decisiones relativas a la vida pública y a la administración de las comunidades locales donde residan” (art. 11).

En lo que respecta a la permanencia y a los permisos de residencia, la ley recogió el novedoso criterio de “nacionalidad” contenido en el Acuerdo sobre Residencia para Nacionales de los Estados Parte del Mercosur y Asociados (2002), que simplificó los requisitos exigibles a los migrantes regionales para la regularización. El artículo 23 inc. l) de la Ley de Migraciones establece que los ciudadanos nativos de Estados Parte del Mercosur y Asociados (Brasil, Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela, y a los que posteriormente se agregaron Guyana y Surinam) pueden solicitar la residencia temporaria por dos años —que otorga DNI de residente temporario y permiso de trabajo— acreditando identidad, nacionalidad, ingreso regular al territorio, carencia de antecedentes penales y abonando las tasas administrativas correspondientes. Quienes renueven a término su residencia temporaria puede acceder a la residencia permanente, que no tiene fecha de caducidad. A través de este criterio, entre 2004 y 2009, se otorgaron 1.500.000 de residencias temporarias y 1.250.000 residencias permanentes a migrantes provenientes de estos países.³

² Esta ley derogó al Decreto-Ley 22.439/1981, sancionado por la dictadura militar y conocido como “Ley Videla”.

³ Según datos provistos a CAREF por la Dirección Nacional de Migraciones a través de un pedido de acceso a la información pública (Ley 27.275). Destacamos que las cifras de la Dirección Nacional de Migraciones aluden a trámites y no siempre a personas. Las residencias permanentes se otorgan por única vez, y por ello su número equivale a cantidad de personas con residencia permanente. Ello no ocurre con las residencias temporarias, que si no se renuevan a tiempo no conducen a una residencia permanente, sino que se debe solicitar una nueva residencia temporaria (así, la misma persona ha generado dos registros administrativos de residencia temporaria). Por otra parte, la mayoría de quienes obtuvieron una residencia permanente primero tuvieron una residencia temporaria, por lo tanto, la misma persona generó dos registros: el de la residencia temporaria y luego el de la permanente. Para más detalles, ver CAREF, 2019.

Limitaciones al ingreso y permanencia de personas extranjeras

La Ley de Migraciones también prevé motivos por los cuales se impedirá el ingreso o la permanencia de personas extranjeras en el territorio nacional (art. 29) y las razones por las cuales es posible cancelar las autorizaciones o permisos de residencia (art. 62). Entre ellos figuran prohibiciones relativas a cuestiones migratorias (tales como presentación de documentación falsa o adulterada; o intentar ingresar o haber ingresado eludiendo el control migratorio; haber sido objeto de una orden de expulsión o de una prohibición de reingreso) y prohibiciones relativas a cuestiones penales (haber estado involucrado en actos de genocidio, terrorismo, crímenes de guerra o delitos de lesa humanidad, tráfico o trata de personas, promover la prostitución o lucrar con ella, entre otros motivos). Los supuestos referidos en los artículos 29 y 62 a su vez traen aparejada la sanción de expulsión del territorio nacional de la persona extranjera.

Entre las previsiones que establece el art. 29, interesa destacar especialmente el inciso c, cuyo texto original (de 2004) impedía el ingreso o permanencia en caso de

"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" (Art. 29, inc. c, texto original).

Por su parte, el artículo 62, en su texto original, enumera los motivos por los cuales la autoridad migratoria podría revocar el permiso de residencia ya concedido a una persona, para luego proceder a su expulsión:

[Si] "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" (art.62 inc. b, texto original).

Los supuestos iniciales de los artículos 29 y 62 preveían, como consecuencia, la expulsión de la persona extranjera del territorio nacional. Ante esta posibilidad, la norma reconoce, en términos amplios, derechos o garantías asociadas al debido proceso ante supuestos de detención migratoria y/o expulsión del territorio nacional. Efectivamente, la ley y su Decreto Reglamentario establecían un procedimiento dotado de varias vías recursivas (administrativas y judiciales) que permitían apelar la orden de expulsión y defender el derecho a permanecer en el país. En este marco, el propio Estado creó la Comisión del Migrante del Ministerio Público de la Defensa, con el objetivo de velar por el debido proceso y proveer una defensa técnica gratuita.⁴

Vale destacar que en el texto original de la Ley de Migraciones (2004), tanto el artículo 29 como el 62 indicaban los motivos (vinculados a la protección de la unidad familiar) por los cuales podría exceptuarse la prohibición de ingreso (art. 29) o dispensarse (perdonarse) la cancelación de la residencia y la consecuente expulsión (art. 62):

La Dirección Nacional de Migraciones, previa intervención del Ministerio del Interior, podrá admitir, excepcionalmente, por razones humanitarias o de reunificación familiar en el país, en las categorías de residentes permanentes o temporarios, mediante resolución fundada en cada caso particular, a los extranjeros comprendidos en el presente artículo (Art. 29, in fine).

El Ministerio del Interior dispensará el cumplimiento de la cancelación prevista en virtud del presente artículo cuando el extranjero fuese padre, hijo o cónyuge de argentino, salvo decisión debidamente fundada por parte de la autoridad migratoria (Art. 62, in fine).

Para apelar las órdenes de expulsión dictadas por la autoridad migratoria, las defensas han ponderado los supuestos emanados de la conjunción de los artículos 29 y 62 en relación a otro derecho, de suma prevalencia: el derecho a la unidad familiar. En el contexto migratorio, esto expresa un derecho más amplio —la protección de la familia— previsto en el ordenamiento jurídico in-

⁴ Estos logros fueron oportunamente reconocidos por el Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familias de Naciones Unidas, en su observación N°25 de las Observaciones Finales para la Argentina, emitidas en el año 2011.

ternacional⁵ y en la norma migratoria, uno de cuyos objetivos consiste en “garantizar el ejercicio del derecho a la reunificación familiar” (art. 3 inc. d).

Más allá de lo que establezcan las legislaciones nacionales, los Estados deben llevar a cabo procedimientos que permitan un balance entre sus obligaciones de protección de las familias y las reglas de carácter migratorio. Esto significa que en todos los procedimientos migratorios, la autoridad administrativa y la autoridad judicial deben analizar cada caso concreto y resolver de modo tal que la imposición de la regla migratoria no vulnere el derecho a la vida familiar y los derechos de los niños y niñas. En este sentido, cuando existan trámites de expulsión en los que se encuentre en juego la unidad familiar, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos dispuso que

*“los Estados tienen la obligación de garantizar que los procedimientos de expulsión de personas no nacionales tomen en consideración los mejores intereses de sus hijos, así como los derechos de la persona a una vida familiar. La Comisión estima que los Estados deben establecer oportunidades procesales para evitar la expulsión en los casos en los que la expulsión supondría un grave daño para la vida familiar de la persona a ser expulsada, así como de los miembros de su familia”.*⁶

Sin embargo, independientemente de las excepciones establecidas en la ley, del accionar de las defensas públicas y de las recomendaciones de la Comisión IDH la práctica suele apartarse de esta concepción protectora. En sus “Observaciones Finales para Argentina” del año 2011, el Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familias expresa su preocupación por que la Dirección Nacional de Migraciones (órgano administrativo encargado de la aplicación de la ley migratoria) “no toma en consideración las circunstancias personales, familiares y profesionales o la duración de la permanencia en el Estado parte de los migrantes, y se limita a fundamentar las órdenes de expulsión en los impedimentos legales para el ingreso y la permanencia legales de los migrantes (artículo 29 de la Ley de Migraciones)”, [ítem 23].

5 Entre ellos, el artículo 14 bis de la Constitución Nacional, el artículo 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño, el artículo 44 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y los artículos 11.2 y 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

6 CIDH (2016), Informe “Derechos humanos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazados internos: Normas y Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, par. 367, disponible en <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/MovilidadHumana.pdf>

Procedimientos de expulsión

En el texto original de la Ley de Migraciones, el título V (“De la legalidad e ilegalidad de la permanencia”) comprende el conjunto de artículos que regulan la “*declaración de ilegalidad y cancelación de la permanencia*” (arts. 61 a 69) y las medidas cautelares para la ejecución de la expulsión una vez cancelada la residencia (arts. 70 a 73). Además del artículo 62 (analizado en la sección anterior), interesa detenerse en los artículos 61, 63 y 64, que terminan de configurar el conjunto de causales de expulsión del territorio.

El artículo 61 indica que cuando la autoridad migratoria constate la permanencia irregular de un extranjero en el país, “*deberá conminarlo a regularizar su situación en plazo perentorio, bajo apercibimiento de decretar su expulsión*”. Si la persona no regulariza su situación en el plazo indicado, “la Dirección Nacional de Migraciones decretará su expulsión con efecto suspensivo” y dará intervención al juez o tribunal competente, que deberá revisar la orden administrativa como mecanismo de salvaguarda de los derechos de la persona. Este artículo comprende a todas aquellas personas que residan irregularmente por los motivos que sea: porque no cuentan con un criterio para solicitar la residencia temporaria o permanente, porque no iniciaron o concluyeron el trámite de residencia, e incluso porque su residencia fue cancelada por la autoridad migratoria según establece el artículo 62. Es decir que este artículo habilita a la autoridad migratoria a emitir órdenes de expulsión por motivos de irregularidad (además de las expulsiones por cuestiones penales reguladas en el artículo 29).

El artículo 63 establece que “*la cancelación de la residencia conlleva la conminación a hacer abandono del país*” y agrega que toda expulsión “*lleva implícita la prohibición de reingreso*”, que puede ser permanente pero que en ningún caso podrá ser inferior a 5 años, según discrecionalidad de la autoridad migratoria. Es decir que todas las órdenes de expulsión (ya sea basadas en motivos penales o en infracciones administrativas) conllevan prohibición de reingreso al país. El retorno solo será posible cuando dicha prohibición caduque o sea expresamente dejada sin efecto por la autoridad migratoria.

Interesa ahora detenerse en el artículo 64, relativo a la ejecución de “*los actos administrativos de expulsión firmes y consentidos dictados respecto de extranjeros que se encuentren en situación migratoria irregular*”, ya sea por la apli-

cación del artículo 61 o 62. El artículo 64 establece que la expulsión se ejecutará de forma inmediata cuando se trate de *“extranjeros que se encontraren cumpliendo penas privativas de libertad”* y hubieran cumplido la mitad de la condena (según lo que establece el art. 17 de la ley 24.660 de ejecución de la pena privativa de libertad). La ejecución de la expulsión *“dará por cumplida la pena impuesta originalmente por el Tribunal competente”* (art. 64 inc. a). Las expulsiones de personas con condena firme conllevan prohibición de reingreso, por lo general permanente.

Los artículos 70 a 73 de la Ley de Migraciones establecen las medidas cautelares para la ejecución de la expulsión. A pedido de la Dirección Nacional de Migraciones (o del Ministerio del Interior) el juez competente deberá ordenar la “retención” de la persona *“a solo y único efecto de cumplir con la expulsión”*. El tiempo de retención *“no podrá exceder el estrictamente indispensable para hacer efectiva la expulsión del extranjero”*. El término retención es un eufemismo para referir a la detención de una persona por cuestiones migratorias (vinculadas al incumplimiento de requisitos administrativos de ingreso y permanencia en el territorio) y no por la comisión de un delito. A pesar de la ausencia de delito, igualmente se aplica una medida privativa de libertad, que como tal conlleva riesgos significativos de vulneración de derechos fundamentales. Por ello, el decreto reglamentario de la ley (Dec. 616/2010) ha establecido requisitos de procedencia, forma y plazos de duración de la retención. El plazo de la retención para casos de órdenes de expulsión firmes y consentidas era de hasta 15 días, prorrogables por otros 30 a solicitud de DNM, debiendo en estos casos presentar cada 10 días un informe al órgano judicial competente detallando las gestiones realizadas para concretar la expulsión y las razones que justifican la subsistencia de la detención. Así pues, la duración de la retención por razones migratorias podría durar un máximo de 45 días. Se dispone que el alojamiento debe ser en ámbitos *“separados de los detenidos por causas penales”* (Dec. 616/2010 art. 72), siendo regularmente utilizadas las dependencias de las fuerzas de seguridad que operan como policía migratoria auxiliar.

Es decir que las órdenes de expulsión pueden dictarse contra personas en situación migratoria irregular (art. 61) y contra personas cuya residencia ha sido cancelada por motivos penales (arts. 29 y 62). En este último caso, si las personas están presas y ya han cumplido la mitad de la condena, la autoridad migratoria puede ejecutar la expulsión sin demoras, trasladan-

do a la persona desde la cárcel donde está detenida hasta su país de origen.⁷

En el texto original de la ley (2004), la cancelación de la residencia (ya fueran residencias temporarias o permanentes) y la consecuente expulsión del territorio nacional estuvieron destinadas principalmente a personas extranjeras que hubieran cumplido (o estuvieran cumpliendo) condena por delito doloso con pena mayor a 3 años. Es decir que una vez que la condena estaba cumplida (en Argentina, por un delito cometido en Argentina) las personas no tenían la opción de quedarse sino que debían retornar a su país de origen. La potestad del Estado de expulsarlas no tomaba en cuenta su arraigo en el país, incluso cuando fuera de muy larga data. Vale destacar que en el caso de las personas nacionales, el tratamiento es diferente: una vez que han cumplido la condena penal, el castigo cesa y pueden retornar a su vida en el mismo lugar en el que residían antes de la detención. Podría decirse que para las personas migrantes, las condenas penales tienen sanciones adicionales, en contradicción con los estándares de DDHH y las normas de debido proceso.

Como vimos hasta aquí, en el caso de las personas extranjeras, una condena firme en el país (art. 62) y el antecedente penal que genera dan lugar a un nuevo castigo, esta vez de carácter administrativo: la cancelación de la residencia y la orden de expulsión (con prohibición de reingreso) y con ello la imposibilidad de continuar su proyecto de vida en Argentina una vez cumplida la pena. Si por algún motivo la expulsión no se ejecuta y la persona permanece en el país, el antecedente penal será un impedimento para solicitar la residencia (art. 29), lo que dará lugar a una situación de irregularidad. A su turno, esa irregularidad dará lugar a una conminación a regularizar (art. 61), que será de imposible cumplimiento debido a los antecedentes penales (art. 29), dando lugar a una nueva orden de expulsión, en esta oportunidad por irregularidad migratoria. Todo ello prolonga el efecto de la pena ya cumplida.⁸ Es decir que debido a la

7 En el texto de la ley, el procedimiento de expulsión de extranjeros que han cumplido la mitad de su condena se denomina “extrañamiento”.

8 Este impedimento para solicitar la residencia se mantiene durante diez años, mientras la condena cumplida figure en el registro de antecedentes penales que lleva el Registro Nacional de Reincidencia, dependiente del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. Pero si a la persona le fue dictada la orden de expulsión, por más que haya caducado el antecedente penal tampoco podrá iniciar el trámite migratorio: las órdenes de expulsión no revocadas constituyen un impedimento para el ingreso y la permanencia. El inc. b del art. 29 establece como uno de impedimentos “haber sido objeto de medidas de expulsión o de prohibición de reingreso, hasta tanto las mismas no hayan sido revocadas o se hubiese cumplido el plazo impuesto al efecto”.

doble traba que impone la normativa (el antecedente penal y la orden de expulsión emitida), las personas extranjeras que han cumplido su condena penal salen de la cárcel para comenzar a cumplir su segunda pena: la administrativa.

Este circuito devino aún más restrictivo a partir de 2017, cuando el Poder Ejecutivo modificó la Ley de Migraciones mediante un procedimiento cuestionable.

La reforma a la Ley de Migraciones mediante un decreto de necesidad y urgencia

En enero de 2017, el Poder Ejecutivo sancionó un Decreto de Necesidad y Urgencia (DNU 70/2017) que modificó aspectos sustanciales de la Ley de Nacionalidad y Ciudadanía⁹ y de la Ley de Migraciones. En lo que respecta a la Ley de Migraciones, a través del DNU se establecieron procedimientos especiales y sumásimos para agilizar (y facilitar) la expulsión de extranjeros con antecedentes penales (sin importar el monto de la pena) y que hubieran cometido infracciones administrativas. Además, se redujeron los plazos para presentación de recursos, violando la garantía de debido proceso y el derecho a la defensa, y restringiendo la posibilidad de revisión de los actos emanados de la Dirección Nacional de Migraciones, especialmente en lo que refiere a dispensas por unidad familiar y razones humanitarias.

Los fundamentos del DNU se basaron en datos fragmentados sobre la incidencia de las personas extranjeras en la población carcelaria (presentando únicamente cifras del Servicio Penitenciario Federal, que aloja menos del 15% del total)¹⁰ y en un desafortunado hecho criminal ocurrido en diciembre de 2016. También aludió a la extensión de los procedimientos de expulsión de personas extranjeras, debido a las “demoras” que conllevaba el régimen de recursos y enfatizó las amenazas a la seguridad que ello impli-

9 En lo que respecta a la Ley de Nacionalidad y Ciudadanía, el DNU 70/2017 modificó los requisitos para solicitar la nacionalidad argentina por naturalización: no bastará con dos años de residencia continua de hecho, sino que deberán ser al menos dos años residencia temporaria o permanente en los términos que fija la Ley de Migraciones.

10 Para más detalles, ver Capítulo III – Aproximaciones a la composición del conjunto de personas extranjeras presas en Argentina, en este informe.

caba. A partir de estos elementos se argumentó la existencia de una crítica situación ligada a la narcocriminalidad que ameritaba “la adopción de medidas urgentes”, es decir: la modificación de dos leyes nacionales evitando los mecanismos de debate y consenso que prevé la Constitución Nacional.

Podemos señalar cinco aspectos fundamentales en los que el articulado del DNU 70/2017 modificó la Ley de Migraciones:¹¹

- Mediante la modificación de los artículos 29 y 62, amplió los supuestos establecidos en la Ley de Migraciones para impedir el ingreso y la permanencia en el territorio nacional o para cancelar la residencia ya otorgada. El DNU eliminó el límite temporal que establecía que los antecedentes penales constituyen impedimento cuando la condena resultara en una privación de la libertad mayor a 3 años (para la solicitud de residencia) o mayor a 5 años (para cancelación de residencias previamente otorgadas). Así, “puede rechazarse o cancelarse la residencia de cualquier persona que tenga un conflicto con la ley penal, aunque éste conlleve una condena insignificante o se trate de un delito considerado menor (por citar algunos ejemplos: tentativa de hurto, resistencia a la autoridad, infracción a la ley de marcas). Aquellas situaciones que para un nacional podrían llevar a la suspensión del juicio a prueba o a una condena en suspenso, para una persona migrante pueden implicar la expulsión del país” (Galoppo, 2017: 146).
- Se modifica el régimen de dispensas fundadas en arraigo y en vínculos familiares, previsto en la redacción original de la Ley de Migraciones. El DNU prevé la dispensa “excepcionalmente”: solo en caso de migrantes que sean m/padres, hijos/as o cónyuges de ciudadanos argentinos, y solo si no fueron condenados por delito doloso con pena de prisión superior a los 3 años. Así, queda configurada una dispensa de alcance limitadísimo, cuya concesión además es a discreción de la Dirección Nacional de Migraciones. El DNU también incorpora un art. 62 bis indicando que “el otorgamiento de la dispensa establecida en los artículos 29 y 62 de la presente Ley será una facultad exclusiva de la Dirección Nacional de Migraciones, no pudiendo ser otorgada judicial-

11 Para mayor detalle ver García (2017), Monclús (2017), Galoppo (2018), PPN (2018), entre otros análisis del DNU.

mente”. Es decir, pretende evitar la revisión judicial de la facultad de otorgar la dispensa (García, 2017; Monclús, 2017).

- Se introduce un “Procedimiento Sumarísimo” (Capítulo I bis) que establece que las personas migrantes solo contarán con 3 días hábiles para presentar un recurso administrativo que permita discutir la orden de expulsión. Si este recurso es rechazado, el segundo recurso deberá presentarse en sede judicial (que exige patrocinio letrado) y se dispondrá de otros 3 días hábiles. Esta modificación reduce significativamente los plazos de resolución de las órdenes de expulsión, pero a costa del derecho de defensa y debido proceso de la persona migrante (PPN, 2018). “Además, el Estado podrá solicitar en cualquier momento del proceso la «retención» (es decir, la privación de la libertad), situación que previamente sólo procedía ante órdenes de expulsión firmes y en situaciones excepcionales. En síntesis, en menos de dos semanas la persona deberá presentar su defensa, aportar las pruebas necesarias y conseguir un/a abogado/a, con la posibilidad además de que todo esto transcurra mientras se encuentra privada de la libertad” (Galoppo 2017: 147).
- Restringe el acceso al órgano del Ministerio Público especializado en la defensa pública gratuita ante las órdenes de expulsión dictadas por el Estado (la Comisión del Migrante). A partir del DNU, quien desee contar con defensa pública deberá demostrarle a la Dirección Nacional de Migraciones que carece de medios económicos, y la autoridad migratoria decidirá si informa o no al Ministerio Público de la Defensa.
- Se modifica el procedimiento administrativo (al eliminar una vía recursiva para revisar la actuación de la Dirección Nacional de Migraciones y presentar hechos nuevos relevantes) y el sistema de notificaciones: cuando “no pueda cursarse la notificación en forma personal (situación muy habitual en algunos barrios), procederá la «notificación ficta». Esto significa que la resolución (de expulsión o de cancelación de residencia, por ejemplo) se pondrá a disposición del interesado en mesa de entradas de la Dirección Nacional de Migraciones por dos días, transcurridos los cuales se considerará notificada y comenzarán a correr los plazos para los recursos” (Galoppo 2017:147).

Es decir que como efecto del DNU, uno de los impedimentos de ingreso y permanencia sería “*haber sido condenado o estar cumpliendo condena, o tener antecedentes o condena no firme en la República Argentina o en el exterior, por delitos que merezcan según las leyes argentinas penas privativas de libertad*” (art. 29 inc. c). El mismo criterio se volcó en el artículo 62 respecto de las cancelaciones de residencia: existencia de una condena (aunque no esté firme) en Argentina o en el exterior, por cualquier delito que merezca, para la ley argentina, pena privativa de la libertad. En ambos casos, cuando la persona invoque el derecho a la reunificación familiar para solicitar el ingreso o exceptuarse de la cancelación de la residencia, “*deberá acreditarse la convivencia del grupo familiar. A dichos fines no se considerará al extranjero de quien se comprobarse se hubiera desinteresado afectiva o económicamente de la persona cuyo vínculo familiar invoque*” (arts. 29 y 62 in fine). Vale aclarar que solicitar la excepción a la expulsión por motivos de unidad familiar no implica obtenerla. De hecho, en la experiencia de la mayoría de las organizaciones que trabajan con personas migrantes condenadas o procesadas con orden de expulsión, la autoridad migratoria ha negado prácticamente todas las dispensas, aunque la persona invoque y demuestre el vínculo familiar en los términos que establece el DNU.

Por sí solas, estas modificaciones magnifican el tratamiento desigual que recae sobre los residentes extranjeros, en comparación con los nativos que han cometido el mismo delito. Mientras que a los primeros se los puede expulsar del territorio antes de que esté firme la condena (aunque se trate de un delito por el cual un/a argentino/a tendría una condena en suspenso, sin encarcelamiento), a los segundos les corresponde el procedimiento judicial completo con todas sus vías recursivas. A estas modificaciones se le agrega el “*procedimiento sumarísimo*”, que ante una resolución tan gravosa como la expulsión del territorio nacional volvió casi ilusorio el control judicial sobre los actos de la administración pública.

Los cambios que introdujo el DNU 70/2017 impactaron en los procedimientos administrativos (que realiza la Dirección Nacional de Migraciones) y en los procedimientos judiciales. Efectivamente, luego que fuera sancionado el DNU, la Dirección Nacional de Migraciones intensificó los encuentros de trabajo y las capacitaciones dirigidas a jueces y fiscales de distintos fueros. Tanto las noticias publicadas en la página web de la institución

como una entrevista realizada en marzo de 2019 a quienes en ese momento se desempeñaban respectivamente como Director de Extranjeros Judicializados y Coordinador de Extranjeros Detenidos, dan cuenta de la intensa actividad desplegada por la DNM ¹² para lograr que las policías, las fiscalías y los juzgados le informen a la mayor brevedad posible cada vez que una persona extranjera sea imputada en un proceso penal, cualquiera que sea su situación migratoria. En palabras del Director de Extranjeros Judicializados:

“Una vez que cuenta con la información sobre la imputación, la Dirección de Extranjeros Judicializados chequea la situación migratoria del extranjero. Si se trata de un residente irregular, el auto de procesamiento es suficiente para dictar el acto administrativo de expulsión. En el caso de las personas con residencia regular (temporaria o permanente) se espera que avance el proceso penal y que haya una sentencia condenatoria. En el caso de las personas que son sobreseídas, el sobreseimiento se adjunta al expediente migratorio y el caso se `desjudicializa. Si la persona resulta condenada por un delito grave, preferimos que cumpla toda la condena y no que sea expulsada con media condena cumplida”. ¹³

En lo que respecta a la aplicación de las dispensas luego del DNU 70/2017, el mismo funcionario señaló que quien resuelve es el Director Nacional de Migraciones, y que suele denegarlas, ya que a su criterio la gravedad del delito predomina por sobre cualquier otro interés. Así, puede asumirse que, desde la perspectiva del Director en funciones al momento de la entrevista, la gravedad del delito predominaba incluso sobre el interés de los niños y niñas cuya vida familiar se vería afectada por la expulsión de su padre o madre —que ya ha cumplido su condena—. En este sentido, una funcionaria de la Comisión del Migrante (Ministerio Público de la Defensa) entrevistada en enero de 2019 en el marco de esta investigación, expresó que

“A partir del DNU, el margen de acción de la Comisión se ha acotado notablemente. En la instancia administrativa apelamos absolutamente todos los casos de los que tomamos conocimiento, pero todos los recursos que presentamos son rechazados

12 Ello incluyó la firma de convenios, tal como el rubricado con la Fiscalía General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (Res. 44/2019).

13 Entrevista realizada por Lucía Galoppo, María Inés Pacecca y Juana Denis Campan el 12 de marzo de 2019.

por la DNM. De hecho, cualquiera sea el motivo por el que solicite la no ejecución de la expulsión, la respuesta es la misma: “Que los fundamentos en que se sustenta la presentación realizada [es decir: el recurso] no producen una modificación en los presupuestos sobre los que se han dictado las medidas [es decir: la orden de expulsión], no se agregan elementos que permitan modificar lo resuelto en autos, y por ende, resulta inconvenciente el temperamento adoptado en consecuencia mediante el acto administrativo aludido”. Solo algunos casos que pasan al Fuero Contencioso Administrativo (para el que frecuentemente carecemos de los recursos humanos para hacer las presentaciones) logran un análisis más exhaustivo de la situación, siempre dependiendo de la Sala en la que caigan. La conclusión a la que hemos llegado como Defensa Pública es que el DNU fue pensado para obstaculizar la presentación de todos los recursos disponibles”. ¹⁴

En sintonía con esta apreciación, Lila García (2018) sostiene que el DNU “reacciona frente al ejercicio de balance que el Poder Judicial venía efectuando: aunque no con mucha frecuencia, las sentencias que revisaban órdenes de expulsión y las declaraban irrazonables, protegiendo así el derecho a la reunificación familiar, venían ganando terreno”.

Algunas cifras sobre expulsiones

A partir de información proveniente de la Dirección Nacional de Migraciones y de la Procuración Penitenciaria de la Nación, en esta sección reseñaremos brevemente algunas de las cifras disponibles respecto a las órdenes de expulsión emitidas y a las expulsiones efectivamente ejecutadas, tanto antes como después de la entrada en vigencia de las modificaciones a la ley migratoria impuestas por el DNU 70/2017.

Datos provenientes de la Dirección Nacional de Migraciones

Si bien todas las cifras que se analizan en este apartado provienen

14 Para más detalles sobre esta apreciación, ver el Capítulo V de este informe: “La actuación de la Defensa Pública frente a las órdenes de expulsión antes y después del DNU 70/2017. De las vallas a la muralla”.

de la Dirección Nacional de Migraciones, algunas surgen de informes elaborados por el organismo y publicados con relativa periodicidad en su página web (hasta 2015), en tanto que otras surgen de respuestas a pedidos de acceso a la información pública realizados por organizaciones de la sociedad civil en el marco de la ley 27.275. Por discrepancias en la manera en que están organizadas y presentadas las cifras, lamentablemente no ha sido posible reconstruir la serie completa (desde 2004 hasta 2019).

Para el período comprendido entre 2004 y junio de 2015, la primera serie de cifras proviene del informe “Estadística de expulsiones – Informe actualizado al 1er. Semestre 2015”, elaborado por la Coordinación de Estadística y Análisis de la Dirección Nacional de Migraciones y oportunamente presentado en el sitio web. Dicho informe expone la cantidad de disposiciones de expulsión emitidas por la autoridad migratoria según norma (arts. 29, inc. c, y 61), según nacionalidad, género y delegación interviniente de la DNM. Vale destacar que las cifras refieren disposiciones emitidas y no a expulsiones efectivamente realizadas, y que las tablas referidas al artículo 29 inc. c incluyen la leyenda “extranjeros judicializados”.

Según indica el Gráfico 1 a continuación, entre 2004 y junio de 2015 la Dirección Nacional de Migraciones dictó casi 11.000 órdenes de expulsión, 58% por motivos de irregularidad migratoria (art. 61) y 42% por cuestiones penales. Del gráfico no surge ningún patrón evidente, más allá de una cantidad relativamente estable de órdenes de expulsión respecto de extranjeros judicializados entre 2009 y 2014: alrededor de 700 por año. No obstante, se destaca el incremento de las órdenes de expulsión dictadas por irregularidad migratoria a partir de 2014 (téngase en cuenta que los datos de 2015 abarcan solo el primer semestre).

Gráfico 1

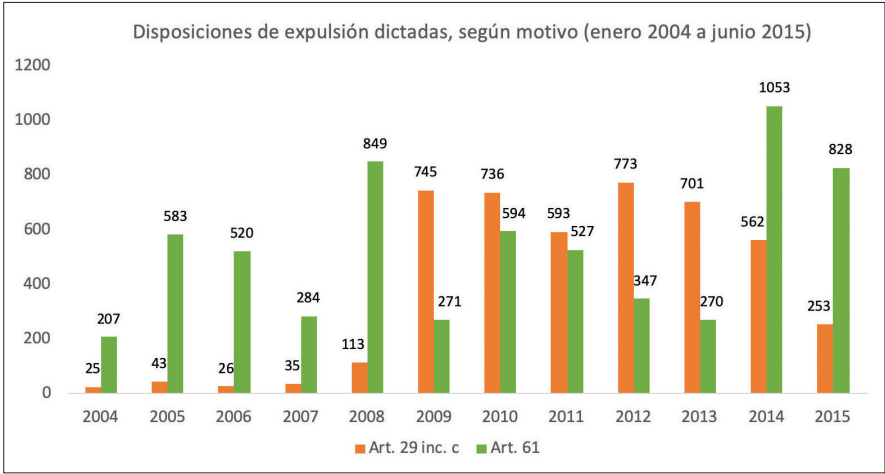


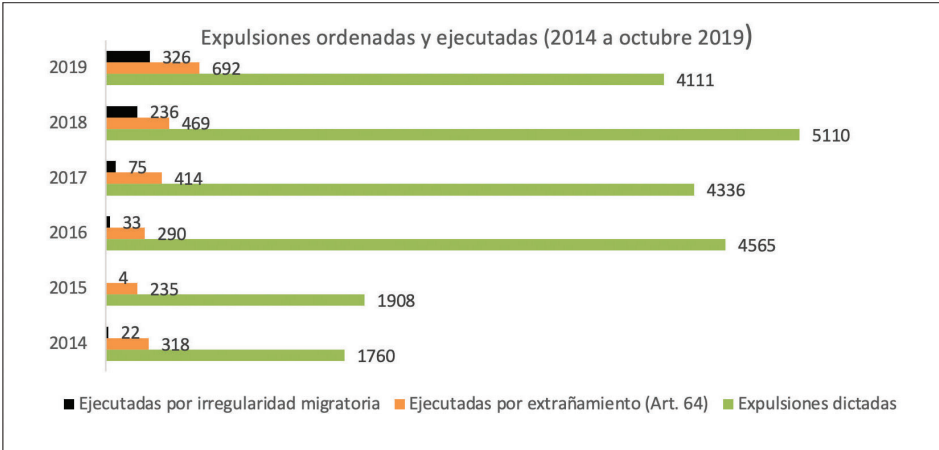
Gráfico propio basado en datos DNM 2015.

Además, contamos con información proveniente de dos pedidos de acceso a la información pública cursados por CAREF, el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) y el Centro de Justicia y Derechos Humanos de la Universidad Nacional de Lanús en 2018 y 2019. De esa información surge la cantidad de órdenes de expulsión emitidas según año ¹⁵ y las expulsiones efectivamente materializadas, tanto por irregularidad migratoria (art. 61) como por extrañamiento de condenados —es decir: personas presas que habían cumplido por lo menos la mitad de su condena—. El primer hecho destacable que muestra el Gráfico 2 es que el incremento de las disposiciones de expulsión fue anterior al DNU: efectivamente, el gran salto se verifica en el año 2016. Las órdenes de expulsión pasaron de 1.900 en 2015 a 4.600 en 2016, lo que permite pensar que las prácticas de la DNM se anticiparon a la aprobación del DNU. Esto mostraría que las indicaciones a partir de las cuales los operadores migratorios interpretan y aplican la norma pueden ser más determinantes que el texto explícito de la ley.

15 En el informe elaborado por la DNM, que incluye cifras hasta junio de 2015, se indica que en 2014 se dictaron 1615 órdenes de expulsión por art. 29 inc. c y por art. 61. En la respuestas al pedido de información cursado por la UNLa, CAREF y el CELS en 2018, el total de órdenes de expulsión correspondientes a 2014 es de 1760. La diferencia entre un valor y otro (145) posiblemente se deba a órdenes dictadas por otros motivos, que no figuran en el informe de 2015.

Pero tal vez lo más llamativo de los datos es la enorme distancia que se para la cantidad de órdenes de expulsión dictadas de las ejecutadas (Gráfico 2), así como el hecho de que el incremento de las expulsiones efectivizadas proviene principalmente de una mayor cantidad de expulsiones debidas a irregularidad migratoria, en especial en los años 2018 y 2019. Para ello, la aprobación del DNU fue relevante, pues el procedimiento sumarísimo de expulsión y las restricciones para acceder al derecho de defensa implicaron que las expulsiones dictadas quedasen firmes y que la DNM pudiera ejecutarlas.

Gráfico 2



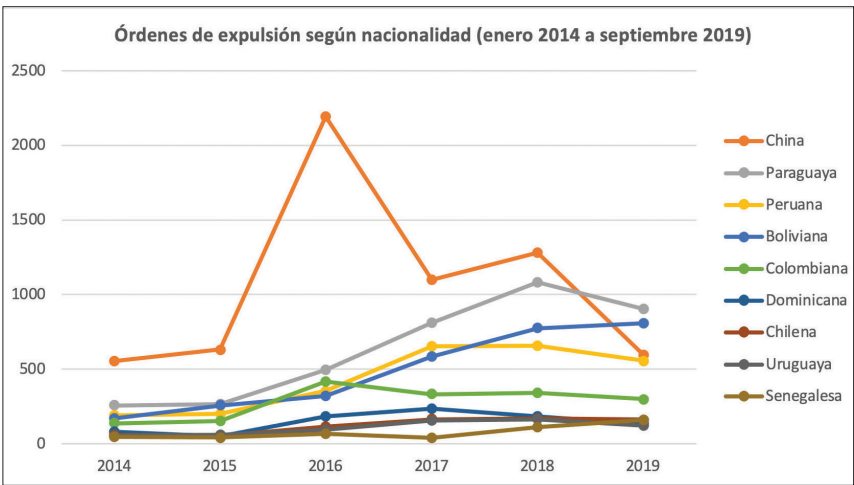
Elaboración propia basada en datos provistos por la DNM en respuesta a pedidos acceso a la información pública.

Para el período comprendido entre enero de 2014 y septiembre de 2019 contamos con información sobre la nacionalidad de las personas cuya expulsión fue ordenada. De casi 22.000 órdenes de expulsión dictadas en esos años, 29% estuvieron dirigidas a personas de nacionalidad china, 18% a personas paraguayas, 13% a personas bolivianas, 12% a peruanas, 7% a colombianas, 4% a dominicanas, 4% a chilenas, 3% a uruguayas y 2% a senegalesas. Es decir que nueve nacionalidades concentraron el 92% de las órdenes de expulsión por todos los motivos.

El Gráfico 3 muestra la distribución (en valores absolutos) de las órdenes

de expulsión emitidas según nacionalidad, entre 2014 y septiembre de 2019. Como puede observarse, el gran incremento que se verifica en 2016 responde a la casi cuadruplicación de las órdenes emitidas contra ciudadanos chinos, que pasaron de 600 en 2015 a 2.200 el año siguiente. Todo indica que estas órdenes de expulsión (posiblemente debidas a la irregularidad migratoria a la que refiere el art. 61 de la Ley de Migraciones) se originaron en la mayor cantidad de operativos de control de permanencia. Según un informe de DNM de 2016, estos operativos aumentaron de 8.500 en 2015 a 14.000 en 2016, y 36% de ellos fueron realizados en supermercados —rubro en el que la comunidad china tiene fuerte presencia—.

Gráfico 3



Elaboración propia basada en datos provistos por la DNM en respuesta a pedidos de acceso a la información pública, 2018 y 2019.

Si bien en años posteriores las órdenes de expulsión contra ciudadanos chinos descendieron, siguieron siendo la mayoría durante 2017 y 2018. ¹⁶ El Gráfico 3 también muestra el incremento de las órdenes de expulsión contra otras nacionalidades (particularmente paraguayana, peruana y boliviana).

16 Aunque la cantidad total de órdenes de expulsión se incrementó, las proporciones por nacionalidades se mantuvieron bastante estables, salvo en 2016 y 2019. En 2016, 48% de las expulsiones fueron dispuestas contra personas chinas, que en 2019 fueron destinatarias solamente de 15% de las expulsiones.

Para las órdenes emitidas entre 2014 y 2018 contamos con información sobre el género: 26% estuvieron destinadas a mujeres y 74% a varones. Estas proporciones se mantuvieron estables para todo el período.

El aumento en las órdenes de expulsión conllevó el aumento de los recursos administrativos y judiciales para disputarlas. Como indica la tabla a continuación, la mayoría de las órdenes de expulsión no fueron recurridas en instancia administrativa. Esto puede deberse a que la persona no se enteró de la orden en su contra o desconocía los mecanismos y los plazos para recurrirla. A su vez, la cantidad de recursos judiciales es un indicador indirecto de la preponderancia de los rechazos en el nivel administrativo. Es interesante señalar que en este período, casi 3.000 recursos administrativos y 2.000 recursos judiciales fueron interpuestos por ciudadanos chinos, que entre 2016 y 2018 recibieron 4.500 órdenes de expulsión.

Tabla 1. Recursos administrativos y judiciales contra órdenes de expulsión (2016 a septiembre 2018)

	2016	2017	2018 (hasta septiembre)	Total
Órdenes de expulsión	4.565	4.336	4.026	12.926
Recursos administrativos	1.190	1.723	1.779	4.692
Recursos judiciales	Sin datos	1.053	2.096	3.149

Elaboración propia en base a respuesta de DNM a pedido de acceso a la información pública, 2018

Con respecto a los motivos por los cuales se dictaron las órdenes de expulsión, la información de la que disponemos corresponde a las 9.221 órdenes dictadas entre enero de 2018 y septiembre de 2019 (Tabla 2). Como puede observarse, 54% de las órdenes de expulsión no se deben a motivos penales sino a cuestiones administrativas: irregularidad migratoria (art. 61) e ingreso irregular (art. 29 inc. k). Vale destacar que en el período comprendido entre 2004 y 2015, el promedio anual de órdenes de expulsión por art. 61 fue de 530 (ver Gráfico 1, más arriba), en tanto que no se informaron órdenes por ingreso irregular (art. 29 inc. i del texto original de la ley).¹⁷

Tabla 2. Órdenes de expulsión según motivo (enero 2018 a septiembre 2019, valores acumulados)

Motivo de la orden de expulsión		
Art. 29, inc. k (Ingreso irregular)	2.809	31%
Art. 61 (Irregularidad migratoria)	2.128	23%
Art. 29, inc. c (Condena no firme o antecedentes por cualquier delito)	1.768	19%
Art. 29, inc. d (Condena no firme por tráfico de estupefacientes, entre otros)	1.209	13%
Art. 62, inc. c (Condena no firme por cualquier delito)	542	6%
Art. 62, inc. b (Condena no firme por tráfico de estupefacientes, entre otros)	433	5%
Otros motivos	322	3%
TOTAL	9.211	100%

Elaboración propia en base a respuesta de DNM a pedido de acceso a la información pública, 2019.
NOTA: "Otros motivos" incluye: art. 29, sin especificación de inciso; art. 29, incisos a, b, m, i; art. 62 incisos a y e.

Asimismo, la Tabla 2 muestra que las modificaciones introducidas por el DNU 70/2017 a los artículos 29 y 62 (que extendieron el causal de expulsión a las condenas no firmes y removieron el piso mínimo de 3 años para las penas) permitieron el enorme incremento de órdenes de expulsión por esos motivos. De nuevo, en el período comprendido entre 2004 y 2015, las órdenes de expulsión por condena (firme) o antecedentes penales (en ambos casos por delitos con penas privativas de la libertad superiores a tres años) exhibieron un promedio anual de 385 (ver Gráfico 1).

El Gráfico 2 (más arriba) también muestra el incremento sostenido (aunque con valores mucho más pequeños) de las expulsiones ejecutadas de personas condenadas y de quienes se encuentran en situación migratoria irregular. En lo que respecta a personas condenadas, unas 2.400 resultaron efectivamente expulsadas entre 2014 y 2019. Como se discute en el capítulo IV de este informe

17 En relación a la no información de estas órdenes de expulsión, ver nota al pie N° 15.

("Familias, detención y expulsión. La condena penal y la condena administrativa"), no todas desean la expulsión. Quienes son inmigrantes aspiran a cumplir la condena y continuar su vida en el país, donde suele residir su familia más próxima y donde nacieron sus hijos.

En cuanto a las expulsiones por irregularidad migratoria, claramente no se comparan con las cifras de Estados Unidos o de la Unión Europea. No obstante, resulta preocupante su crecimiento exponencial entre 2016 y 2019: de 33 a casi 330. Este número, junto con los motivos de las órdenes de expulsión por motivos administrativos, es indicativo de una política que ha puesto la condición migratoria como elemento central para el tratamiento desigual, tanto por parte de la administración pública (notoriamente la DNM) como de la justicia penal.

En síntesis:

- Las disposiciones de expulsión por irregularidad migratoria se incrementaron en 2016, (antes de la modificación de la Ley de Migraciones mediante el DNU 70/2017) y focalizaron principalmente en personas de nacionalidad china. (Ver Gráfico 3).
- A partir del DNU se incrementaron las órdenes de expulsión por motivos penales, consistentemente con la ampliación de las causales de expulsión y el descenso en el monto de la condena a partir del cual se habilitaba la práctica.
- A partir del procedimiento sumarísimo y las restricciones para el acceso a la defensa pública que impuso el DNU, aumentaron las expulsiones efectivamente ejecutadas por irregularidad migratoria.

Datos elaborados por la Procuración Penitenciaria de la Nación

Desde el año 2017, la Procuración Penitenciaria de la Nación recoge información relativa a trámites de expulsión consentidos en el Registro Único de Expulsados, que se confecciona a partir de las consultas realizadas por las personas presas. En consulta semanal con la Oficina de Extranjeros Judicializados de la Dirección Nacional de Migraciones (donde tramitan las expulsiones de condenados), la PPN hace el seguimiento de estos trámites y luego se continua la averiguación en el juzgado o tribunal correspondiente.

Durante 2017 se realizó el seguimiento de 131 trámites de expulsión, 89% de los cuales estaban dirigidos a personas nacionales de países de la región, principalmente Paraguay, Colombia, Perú y Bolivia. Del total, 74 culminaron en expulsiones. Más de la mitad de estas expulsiones ocurrieron entre 4 y 13 meses después de que las personas hubieran cumplido la mitad de su condena. Durante 2018, de las 107 personas extranjeras presas que consultaron por su trámite de expulsión, 90% provenía de países de la región. Solo 20 lograron la expulsión efectiva, casi siempre con demoras de alrededor de seis meses luego de cumplida la mitad de la condena

Los motivos de estas demoras pueden ser varios: retrasos de los juzgados de ejecución de la pena para dictar o autorizar la orden de extrañamiento, dilaciones formales y de logística de la DNM o del servicio penitenciario federal (no olvidemos que la ejecución de la orden de expulsión requiere recursos sustanciosos), e incluso la consulta a las víctimas del delito, si es que la persona condenada está incluida en las previsiones de la ley de derechos y garantías de las personas víctimas de delitos (N° 23.732). Así, por diversos motivos, estas situaciones son la contracara de las expulsiones en las que las personas solicitan dispensas que les son denegadas. Aquí, la demora (como forma muda de la denegación) recae sobre una expulsión consentida, que probablemente le permitirá a la persona reunirse con su familia y continuar con su vida tras la condena penal.

Expulsar, desinformar y no informar

Argentina no es ajena a los desafíos y problemáticas que actualmente presenta la movilidad internacional a nivel mundial. La intensificación de los flujos migratorios es uno de los motivos por los cuales las personas migrantes han devenido objeto de especial atención política, institucional y mediática. Su señalamiento, estigmatización e incluso criminalización han sido centrales para la construcción de una narrativa contemporánea que retoma antiguas tópicos de peligrosidad, en esta oportunidad en clave de delincuencia e inseguridad. Igual que en otras épocas, ello ha servido para justificar medidas excesivas de control migratorio, que a su vez han potenciado aún más la exclusión social.

La Ley Nacional de Migraciones N° 25.871 —vigente desde el año 2004— y su Decreto Reglamentario N° 616/2010 han constituido un hito en la región, tanto por el reconocimiento de la migración como derecho humano (en forma concordante con los preceptos constitucionales y con los tratados internacionales de derechos humanos) como por la inclusión del criterio de nacionalidad Mercosur como base para la regularización migratoria. Sin embargo, el texto original de la ley también contiene preceptos de control migratorio asociados a la (in)seguridad y a la seguridad nacional, tales como los expresados en los artículos 29, 62, 70 y 71 y en los artículos 116 a 121. Desde el punto de vista de la implementación de la ley, esos artículos ya habilitaban a la autoridad administrativa (la Dirección Nacional de Migraciones) a desplegar un conjunto de prácticas (entre ellas la retención y la expulsión) que, debido a la condición migratoria de las personas sobre las que recaían, podían dar lugar a abusos, arbitrariedades y vulneración de derechos. Pero el texto original también preveía mecanismos de control judicial de las decisiones administrativas. En este sentido, las reformas introducidas por el DNU 70/2017 debilitaron (y casi anularon) el andamiaje de la protección al obstaculizar, por múltiples medios, el acceso a la vía judicial y a las garantías constitucionales. Se retoma así la lógica de separación entre nacionales y extranjeros introducida en 1902 por la Ley de Residencia¹⁸: la imposición de una pena (la expulsión) por la vía administrativa, sin posibilidad concreta de recurrirla judicialmente.

Puesto que el DNU 70/2017 amplió enormemente la posibilidad de ordenar expulsiones, resultó también un eficaz instrumento para atemorizar, disciplinar y reforzar la idea de que existen “buenos” y “malos” migrantes. Efectivamente, diversos funcionarios públicos con responsabilidad en gestión migratoria se hicieron eco de esta perspectiva, distinguiendo entre “los hombre de bien, que vienen a trabajar, producir y estudiar” de “aquellos que vengan con otros fines, cometan delitos y rompan el pacto de confianza con la sociedad” e

18 La ley de extrañamiento de extranjeros (N° 4144), más conocida como “ley de residencia”, fue aprobada en noviembre de 1902, en el marco de una huelga obrera llevada adelante por distintos gremios. La ley, de apenas cinco artículos, autoriza al Poder Ejecutivo a impedir el ingreso u ordenar la salida “de todo extranjero que haya sido condenado o sea perseguido por tribunales extranjeros por crímenes o delitos comunes” (art.1) o que “comprometa la seguridad nacional o perturbe el orden público” (art 3). La ley también establece que “el extranjero contra quien se haya decretado la expulsión tendrá tres días para salir del país, pudiendo el Poder Ejecutivo, como medida de seguridad pública, ordenar su detención hasta el momento de embarque” (art. 4).

incluyendo señalamientos puntuales según nacionalidad.¹⁹ A la vez, el tratamiento discursivo de gran parte de los medios de comunicación promovió la imagen del migrante como un sujeto invasor, peligroso y que puede poner en riesgo las instituciones²⁰ (CAREF, 2019b).

En este contexto, no sorprende que durante 2017 y 2018, en el marco de diversas marchas y manifestaciones públicas, alrededor de una docena de personas migrantes hayan sido detenidas por “atentado y resistencia a la autoridad”, tras lo cual el gobierno nacional pidió su inmediata expulsión del país.²¹ Meses después, todas las actuaciones fueron archivadas por falta de pruebas. Estas imputaciones también se han vuelto frecuentes hacia varones y mujeres migrantes que se dedican a la venta callejera (“manteros”). A raíz de las confrontaciones con los policías que les decomisan la mercadería (anteojos de sol, medias, *bijouterie*, etc.), las acusaciones de “resistencia a la autoridad” y concomitante traslado a la comisaría abren la vía a la cancelación de la residencia y la orden de expulsión.

Finalmente, cabe señalar la opacidad informativa de la Dirección Nacional de Migraciones en relación a los efectos del DNU. Entre los fundamentos para su aprobación se mencionaron diversas situaciones, en particular la alta proporción de extranjeros entre las personas detenidas por infracción a la ley de estupefacientes N° 23.737 y la “baja relación existente entre la cantidad de expulsiones dispuestas por la autoridad migratoria competente, fundadas en la existencia de antecedentes penales, y las efectivamente concretadas”. No obstante, luego de la puesta en práctica del DNU 70/2017, la DNM no informó nunca de manera pública, accesible y regular acerca de las expulsiones²² —de hecho, la información relativa a expulsiones no se actualizó en el sitio web institucional luego de 2015—. Tratándose de una modificación tan disputada

19 Estas ideas fueron repetidamente expresadas por diversos funcionarios nacionales vinculados a la gestión migratoria. Ver, entre muchos otros: <http://www.radionacional.com.ar/horacio-garcia-la-argentina-no-tenia-controles-de-migracion/>; <https://www.perfil.com/noticias/politica/horacio-garcia-en-los-ultimos-dos-anos-expulsamos-a-1300-extranjeros.phtml>; <https://www.lanacion.com.ar/politica/patricia-bullrich-aca-vienen-ciudadanos-peruanos-y-paraguayos-y-se-terminan-matando-por-el-control-de-la-droga-nid1978531>; <https://www.lanacion.com.ar/sociedad/seremos-un-pais-estricto-para-quienes-rompan-la-convivencia-nid2216458>

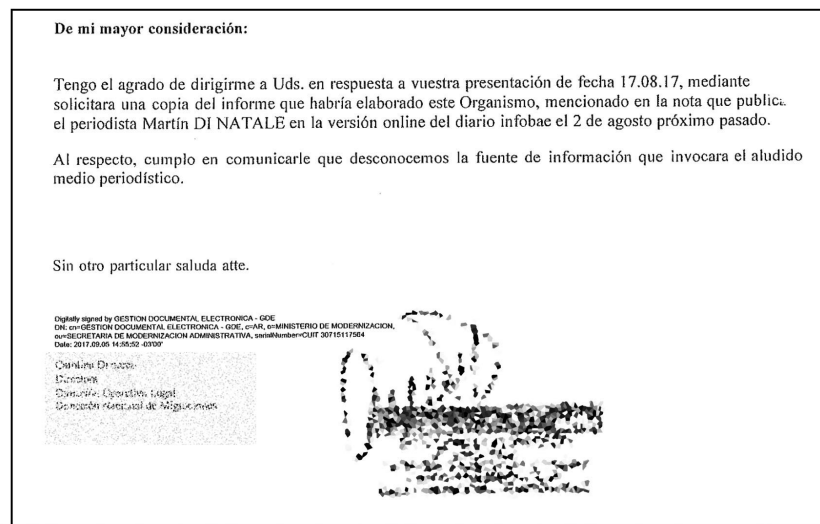
20 Ver CAREF 2019, *Monitoreo de medios gráficos*, disponible en <https://www.caref.org.ar/publicaciones>

21 <https://www.msn.com/es-ar/noticias/otras/un-intendente-del-pro-coincidi%C3%B3-con-pichetto-y-apunt%C3%B3-contralos-inmigrantes-vagos-y-chorros/vi-BBP6XCI>; <http://appnoticias.com.ar/app/miguel-pichetto-espero-que-los-dos-venezolanos-el-paraguay-y-el-turco-estén-listos-para-salir-del-pais/>;

22 Sí se informó en la página web sobre tránsitos, radicaciones e inspecciones.

(la decisión sobre su constitucionalidad está en la Corte Suprema de Justicia de la Nación), que introdujo cambios procedimentales alegando la ineficiencia de los existentes, hubiera sido esperable que la autoridad administrativa mostrara prontamente resultados en esos aspectos que el DNU se había propuesto resolver.

El día 2 de agosto de 2017, en la edición online del diario INFOBAE se publicó una nota titulada “Aumentó un 35% la cantidad de extranjeros expulsados de la Argentina”.²³ En dicha nota, el periodista presentó información relativa a las expulsiones de personas extranjeras residentes en Argentina efectivizadas durante 2016 y 2017, indicando que “los datos surgen de un informe del gobierno que elaboró la Dirección Nacional de Migraciones y al que tuvo acceso Infobae”. La noticia motivó un pedido de acceso a la información pública,²⁴ oportunamente respondido por la autoridad migratoria, expresando que “desconocemos la fuente de información que invocara el aludido medio periodístico”.



23 Accesible en <http://www.infobae.com/politica/2017/08/02/aumento-un-35-la-cantidad-de-extranjeros-expulsados-de-la-argentina/>

24 El pedido fue realizado por CAREF y Amnistía Internacional en agosto de 2018.

En 2018, el Senado de la Nación hizo un pedido de informes al Ministerio del Interior, Obras Públicas y Vivienda sobre diversas cuestiones relativas a la población extranjera residente en Argentina.²⁵ En la respuesta, elaborada por la Dirección Nacional de Migraciones, se indica que entre el 31 de enero de 2017 y abril de 2018,

“la cantidad de expulsiones efectivamente concretadas fundadas en la existencia de antecedentes penales, ascienden [sic] a CINCUENTA (50). [...] En cuanto a expulsiones materializadas respecto de extranjeros privados de su libertad, con fundamento en el artículo 64 de la Ley N° 25.871, ascendieron a CUATROCIENTOS CATORCE (414) durante 2017, y en lo que va del presente año un total de CIENTO CATORCE (114)”.

La respuesta también informa sobre casi 3.000 disposiciones de expulsión dictadas en el mismo período (basadas en la existencia de antecedentes penales), así como casi 700 cancelaciones de residencia con orden de expulsión. Asimismo, indica que “desde la entrada en vigencia del Decreto N° 70/17, se reciben un promedio de SETECIENTOS (700) oficios por mes del Poder Judicial informando a esta Dirección Nacional la situación procesal de extranjeros”.

Estos datos, mencionados en el Informe N° 111 de la Jefatura de Gabinete a la Honorable Cámara de Senadores de la Nación²⁶ (junio de 2018), no fueron exhibidos en el sitio web institucional de la Dirección Nacional de Migraciones ni comentados públicamente por sus autoridades. ¿Tal vez se deba a que no evidencian una mejora entre “la cantidad de expulsiones dispuestas por la autoridad migratoria competente, fundadas en la existencia de antecedentes penales, y las efectivamente concretadas”?

Así, los datos que se analizan en este capítulo surgieron de pedidos de acceso a la información pública cursados por diversas organizaciones. Por cómo fueron presentadas las respuestas sobre disposiciones de expulsión, cancelaciones de residencias, expulsiones ejecutadas (y sus respectivos motivos), pareciera que se trataba de frecuencias tomadas directamente del sistema de registro o de la base de datos de DNM (igual que en la respuesta al Senado). Sumado a la discontinuación de la publicación de información sobre expulsiones en el sitio institucional, se enciende una doble alerta: sobre la falta de transparencia

25 Exp. S-90/2018, accesible en www.senado.gov.ar/parlamentaria/downloadPdf

26 Accesible en <https://www.argentina.gob.ar/jefatura/informes-al-congreso>

en la gestión administrativa y sobre la falta de análisis y seguimiento sistemáticos de los efectos de las normas y las prácticas migratorias, ya sea con miras a la planificación o a la mejora del desempeño institucional. La opacidad informativa atenta también contra las evaluaciones que pueda hacer la sociedad civil. Estos déficits resultan preocupantes en todo contexto, pero especialmente cuando remiten a una cuestión tan gravosa y de enorme impacto para las personas y familias involucradas.

Aproximaciones a la composición del conjunto de personas extranjeras presas en Argentina

Este capítulo describe y analiza los cambios en la población extranjera detenida en cárceles federales y provinciales entre 2002 y 2018, especialmente en lo que refiere a su composición según nacionalidades, género y situación procesal. En este contexto, el término “extranjero” agrupa a todas las personas que no son de nacionalidad argentina, sin distinguir entre quienes residían en el país con anterioridad a su detención (es decir que eran inmigrantes) y quienes transitoriamente se encontraban en el país y fueron detenidas y encarceladas. Si bien desde la perspectiva jurídica y normativa el rótulo de “extranjeras” aplica a todas por igual, la distinción resulta central ya que para cada una de ellas el encarcelamiento conlleva experiencias, preocupaciones y consecuencias diversas.

Una de las diferencias entre personas extranjeras residentes y no residentes refiere a dónde, en términos geográficos, se ubicaban su vida cotidiana y sus lazos sociales, afectivos y familiares antes de la detención. Quienes son inmigrantes, con más o menos años de arraigo y cualquiera que fuera su situación migratoria, cuentan con una trayectoria de vida en el país que suele incluir trabajo, estudios, amistades, pareja y paternidad o maternidad. Su expectativa consiste en recuperar la cotidianeidad en Argentina una vez finalizada la detención: volver al hogar, a la familia y al trabajo. A diferencia de los inmigrantes, quienes son extranjeros no residentes rara vez cuentan con lazos previos en Ar-

gentina y muchos incluso no hablan español. Esperan que finalice la detención para volver a su vida habitual, en otro país, donde se encuentra la mayor parte de sus lazos sociales.

En ambos casos, la detención perturba la vida cotidiana de las familias de origen y lleva a su reorganización, especialmente cuando la persona detenida era padre o madre de niños o niñas menores de edad. Cuando se trata de personas extranjeras residentes en Argentina, sus familiares y sus hijos e hijas — quienes por lo general también viven o han nacido en el país— suelen visitarlas periódicamente en la cárcel, contribuyendo a la preservación de los vínculos. Incluso, si los adultos detenidos trabajan, sus hijos e hijas pueden recibir una parte del dinero que perciben como remuneración por las actividades laborales dentro de la cárcel. Cuando se trata de personas extranjeras no residentes, el tránsito por la cárcel es más solitario. Son muy ocasionales las visitas que reciben de sus Consulados (y no todos los países de origen cuentan con representación en Argentina), difícilmente alguien de su familia se traslade a Argentina para acompañar o visitar, y el contacto con los hijos e hijas tiende a limitarse a ocasionales comunicaciones telefónicas.¹

Personas extranjeras en cárceles federales y provinciales

En el año 2000, en el ámbito de la Dirección Nacional de Política Criminal del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, se creó el Sistema Nacional de Estadísticas Criminales con el propósito de recopilar y organizar la información registrada por los organismos que conforman la justicia penal. En ese marco, a partir de 2002 comenzó a implementarse el Sistema Nacional de Estadísticas sobre Ejecución de la Pena (SNEEP), que comprende a la población encarcelada por una imputación penal. Uno de los componentes del SNEEP “consiste en un censo sobre el total de la población detenida al 31 de diciembre de cada año en cada establecimiento” penal (Informe Ejecutivo SNEEP 2017). Dicho censo, llevado adelante por las oficinas centrales de cada servicio penitenciario, recopila

¹ Las comunicaciones telefónicas son solventadas por las personas detenidas a través de tarjetas telefónicas pre-pagas que se adquieren en los establecimientos penitenciarios. La posibilidad de acceder a las tarjetas dependerá de que cuenten con dinero para comprarlas y la duración de las llamadas varía según el país al que se llame. En la práctica, se observa que las comunicaciones telefónicas son breves y poco frecuentes debido a la escasez de minutos que conceden las tarjetas y la falta de recursos económicos para adquirirlas. Esta cuestión fue denunciada por la PPN en diversas jurisdicciones.

información relativa a sexo/género, edad, nacionalidad, estado civil, nivel de instrucción, situación laboral, último lugar de residencia previo a la detención, jurisdicción judicial, situación legal, fechas de detención y de condena, delito imputado y participación en trabajo remunerado (entre otras cuestiones). La información colectada está disponible al público en la base de datos del Sistema Nacional de Estadísticas sobre Ejecución de la Pena y se presenta periódicamente bajo el formato de un informe anual.²

Según el *Informe Ejecutivo SNEEP 2018* (último disponible a la fecha de redacción de este capítulo), en Argentina existen 308 unidades de detención carcelaria. De ellas, 32 pertenecen al Servicio Penitenciario Federal (es decir que dependen del Poder Ejecutivo Nacional a través del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación) y están repartidas en distintas jurisdicciones: Ciudad Autónoma de Buenos Aires y provincias de Buenos Aires, Chaco, Chubut, Formosa, Jujuy, La Pampa, Mendoza, Misiones, Neuquén, Río Negro, Salta, Santa Cruz y Santiago del Estero. En estas cárceles están detenidas las personas procesadas o condenadas por delitos federales (entre ellos contrabando, tráfico de estupefacientes, secuestro extorsivo, crímenes de lesa humanidad, ley de marcas y delitos contra la administración pública), y por delitos ordinarios ocurridos en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. En 2018, el conjunto de cárceles federales alojaba al 14% de todas las personas detenidas en el país.

A su vez, cada provincia cuenta con su propio sistema penitenciario, que no depende del Estado Nacional sino de las autoridades provinciales. La Provincia de Buenos Aires cuenta con 62 cárceles, y el resto de las provincias con 214. Allí están detenidas las personas procesadas o condenadas por delitos ordinarios —tales como robo, hurto, homicidio, delitos contra la integridad sexual— ocurridos en el territorio provincial. En 2018, 45% de las personas detenidas se encontraban en cárceles de la Provincia de Buenos Aires, 10% en cárceles de la Provincia de Córdoba, el 6% en cárceles de la Provincia de Santa Fé, 5% en Mendoza y 4% en Salta.

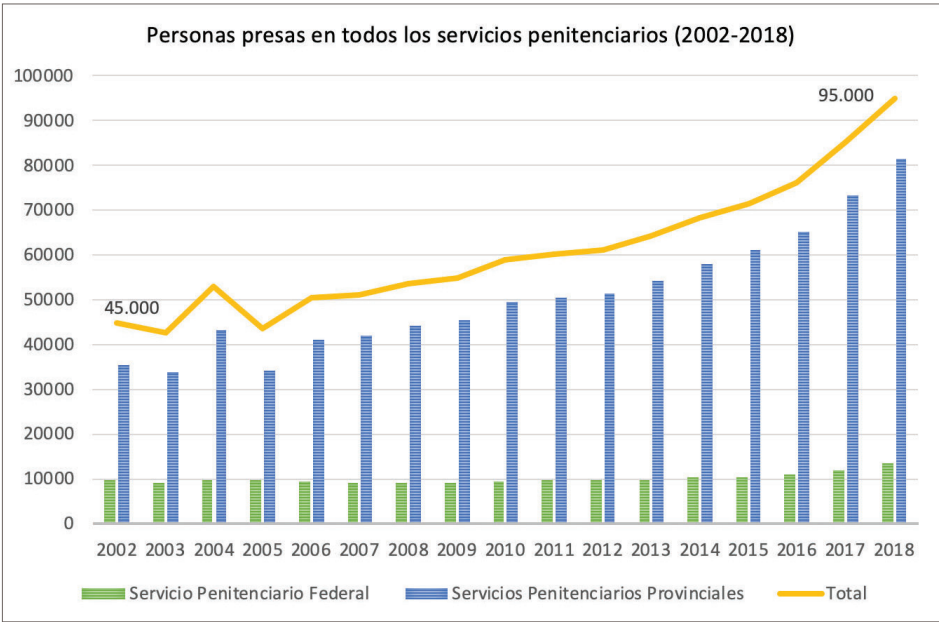
A partir del cruce de variables seleccionadas de la base del SNEEP se puede trazar un panorama general de algunas características de la población extranjera detenida en cárceles federales y provinciales. En este capítulo, se analiza en

² La base puede consultarse en <https://www2.jus.gov.ar/dnpe/sneep.html>. Los informes anuales están disponibles en <https://www.argentina.gob.ar/justicia/estadisticas-informes#sneep>

particular la composición por nacionalidades (con especial atención a las que integran el Mercosur), el género y la situación procesal, con el propósito de contextualizar las temáticas que se abordan en los demás capítulos de este informe.

El primer aspecto a señalar consiste en el incremento del total de la población detenida en el período de referencia. En 2002 había 45.000 personas presas, en tanto que en 2018 la cifra había llegado a 95.000 (Gráfico 1).³

Gráfico 1

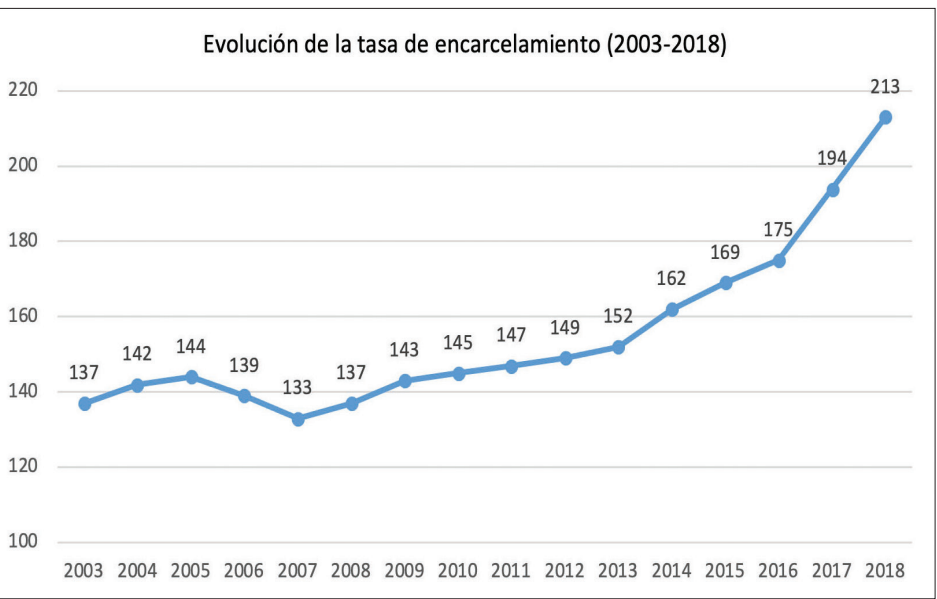


Fuente: tabulado CAREF a partir de base de datos SNEEP.
NOTA: los valores fueron redondeados para facilitar la lectura.

3 La disminución de la población encarcelada que se observa en 2005 se debe a un fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Fallo "Verbitsky", del 3 de mayo de 2005), en respuesta al hábeas corpus interpuesto en 2001 por el Centro de Estudios Legales y Sociales ante las deplorables condiciones de detención en que se encontraban las personas privadas de su libertad en jurisdicción de la Provincia de Buenos Aires. Entre otras cuestiones, el fallo "Verbitsky" instruyó a la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires y a los tribunales de todas las instancias de la provincia para que, en sus respectivas competencias, con la urgencia del caso, hicieran cesar toda eventual situación de agravamiento de la detención que importe un trato cruel, inhumano o degradante o cualquier otro susceptible de acarrear responsabilidad internacional al Estado Federal.

Este crecimiento fue acompañado de un aumento en la tasa de encarcelamiento (que indica la cantidad de personas detenidas cada 100.000 habitantes) que pasó de 143 a 213 (Gráfico 2). Es decir que la mayor cantidad de personas detenidas no se debió únicamente al crecimiento vegetativo de la población total residente en el país (en cuyo caso la tasa de encarcelamiento se hubiera mantenido estable) sino que también se vinculó a cambios en las políticas criminales.

Gráfico 2

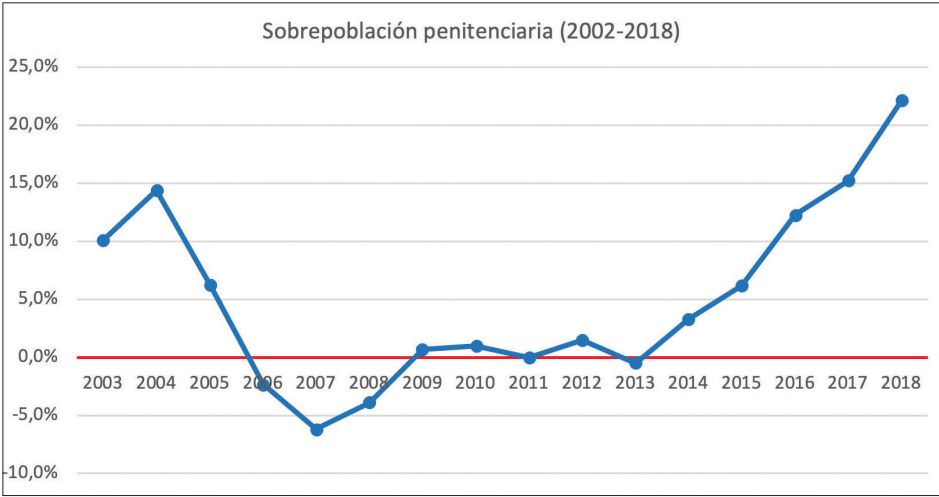


Fuente: Informes ejecutivos SNEEP 2017 y 2018.

El Gráfico 1 también muestra que históricamente las cárceles provinciales han alojado a la mayor parte de las personas detenidas —entre el 79% y el 86% de total—. En este conjunto de cárceles, la población detenida se duplicó en 16 años: de 35.000 personas en 2002 se pasó a casi 82.000 en 2018, mientras que en las federales el crecimiento rondó el 30% (de 10.000 a 13.500).

Estos incrementos han generado situaciones de sobrepoblación carcelaria, es decir: el alojamiento de personas por encima de la capacidad funcional, declarada o constatada de un establecimiento de encierro. La sobrepoblacion produce hacinamiento, obstaculiza el acceso a derechos básicos, profundiza las pésimas condiciones materiales en las que se desarrolla la privación de la libertad y conlleva una grave vulneración de derechos. Se trata de un fenómeno que en los últimos años se ha extendido en los diversos servicios penitenciarios del país. A título de ejemplo, desde 2011 el SPF opera con un promedio de más del 90% de plazas ocupadas, y desde 2016 se registran focos de sobrepoblación en algunos establecimientos. El Gráfico 3 muestra que se trata de un problema recurrente y creciente: en 2018, la sobrepoblación del sistema en su conjunto superó el 20%. A su vez, la ausencia de datos confiables acerca del modo en que la administración penitenciaria define las capacidades de alojamiento declaradas de sus establecimientos penitenciarios agrava la cuestión.

Gráfico 3



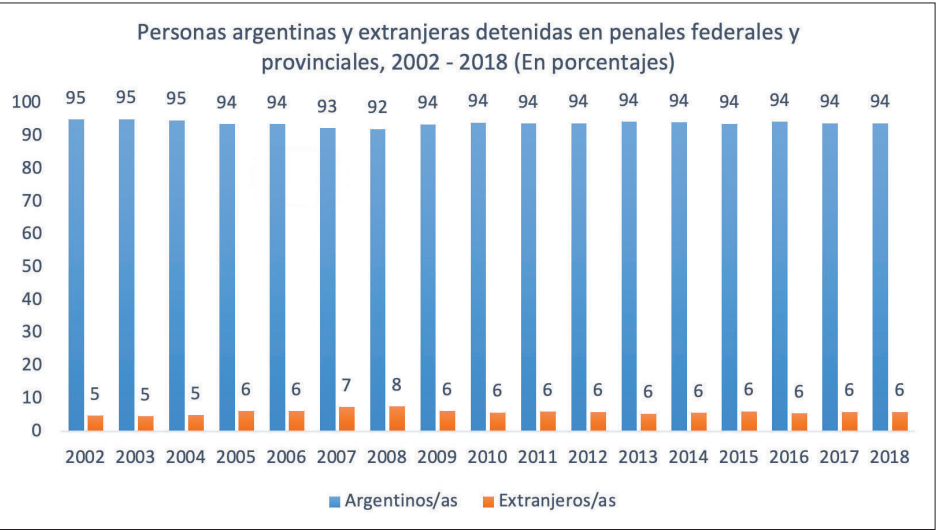
Fuente: Gráfico CAREF basado en Informes Ejecutivos SNEEP 2017 y 2018.

En lo que respecta a la composición según género, las mujeres han oscilado entre el 4% y el 5,5% de la población penitenciaria total, y su crecimiento dentro de la población detenida ha sido apenas menor que el de los varones. Mientras

la cantidad de varones detenidos aumentó más del 100% (de 42.000 a 90.000) entre 2002 y 2018, la de mujeres tuvo un incremento menor: de 2.400 a 4.400.

En este contexto general de aumento de la cantidad de personas detenidas y de la tasa de encarcelamiento, la población extranjera presa muestra una proporción notablemente estable: en promedio, representan el 6% del total de personas encarceladas entre 2002 y 2018 (Gráfico 4). Su valor absoluto pasó de 2.200 a 6.200 en 2018,⁴ acompañando la curva de evolución del conjunto de la población. De ellas, 2.700 se concentra en las unidades del sistema penitenciario federal, en tanto que las 3.500 restantes están dispersas en las cárceles de los distintos sistemas provinciales. En las cárceles federales, su presencia ha oscilado entre el 14% y el 22% de todas las personas detenidas, en tanto que en las provinciales rara vez han superado el 3%. Es decir que el incremento total de la cantidad de presos y presas no se debe al crecimiento vegetativo de la población ni a un mayor encarcelamiento de personas extranjeras.

Gráfico 4



Fuente: tabulado CAREF a partir de base de datos SNEEP.

4 Para contextualizar, el censo nacional de población realizado en 2010 registró 1.800.000 residentes extranjeros sobre una población total de 40.000.000.

Cárceles federales

Entre 2002 y 2005, la proporción de personas extranjeras detenidas en las cárceles federales rondaba el 14%. Desde 2007 en adelante, esta cifra se ha mantenido entre el 19% y el 21%, con un pico máximo de 23% en 2015. Las últimas estadísticas publicadas por el SNEEP (2018) indican que las personas extranjeras representan un 20% de la población total, es decir 2.700 sobre un total de 13.358 presos en el ámbito del SPF. La sobrerrepresentación del colectivo extranjero al interior de las cárceles federales se debe a que gran parte de los extranjeros presos se encuentran detenidos por infracción a la Ley de Estupefacientes (N° 23.737) y pese a la desfederalización del delito en algunas provincias, el grueso de los detenidos permanece en el sistema federal.⁵

Analizaremos en primer lugar las características de la población extranjera detenida en prisiones federales. La Tabla 1 muestra la preponderancia de la población argentina, (especialmente de varones), que ha oscilado entre el 78% y el 86% del total y la baja incidencia del colectivo de personas extranjeras. También muestra que si bien la mujeres argentinas y extranjeras conforman una pequeña parte del total, las primeras representan alrededor del 7% de todas las personas argentinas detenidas, en tanto que las segundas representan alrededor del 17% de total de las personas extranjeras presas en nuestro país.

5 La mayoría de las personas extranjeras presas en el SPF se encuentran procesadas (65%), y más del 50% está imputada por un delito de drogas. Por su parte, del 35% de condenadas casi la mitad lo está por infracciones a la Ley de Estupefacientes (N° 23.737). El porcentaje asciende en el caso de las mujeres: el 74% está imputada por un delito de drogas y el 80% de las condenadas lo está por alguno de esos delitos.

Tabla 1. Personas detenidas en cárceles federales, según origen y género (2002-2018)

Año	Argentinos/as			Extranjeros/as		
	Varones	Mujeres	TOTAL	Varones	Mujeres	TOTAL
2002	7.520	737	8.257	1.189	212	1.401
2003	6.953	567	7.520	1.081	192	1.273
2004	7.547	757	8.304	1.164	253	1.417
2005	7.183	746	7.929	1.317	359	1.676
2006	6.831	670	7.501	1.317	422	1.739
2007	6.375	576	6.951	1.577	450	2.027
2008	6.587	528	7.115	1.457	412	1.869
2009	6.877	462	7.339	1.516	355	1.871
2010	7.164	452	7.616	1.579	328	1.907
2011	7.172	469	7.641	1.653	350	2.003
2012	7.259	446	7.705	1.758	344	2.102
2013	7.452	451	7.903	1.583	309	1.892
2014	7.937	461	8.398	1.752	274	2.026
2015	7.526	423	7.949	2.000	303	2.303
2016	8.365	485	8.850	1.809	282	2.091
2017	8.879	538	9.417	2.036	370	2.406
2018	9.943	690	10.658	2.280	402	2.700

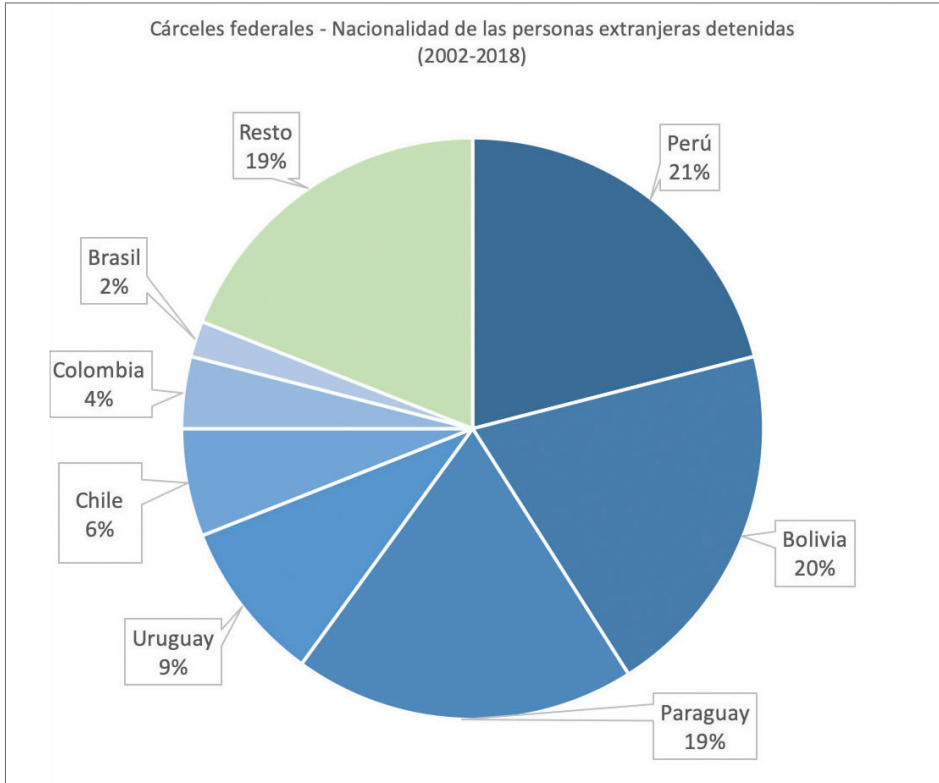
Fuente: tabulado CAREF a partir de base de datos SNEEP.

Nota: A partir de 2015, el SNEEP enumera separadamente a las personas transexuales. En el conujunto de registros correspondientes a 2015, 2016, 2017 y 2018, en el SPF se enumeraron 130 personas trans, 51 de ellas extranjeras.

Si bien las personas extranjeras detenidas en las cárceles federales provienen de diversos países, el 81% es nacional de algún Estado Parte o Asociado del Mercosur, especialmente de Perú, Bolivia y Paraguay (Gráfico 5). Quienes provienen de países por fuera del Mercosur arribaron desde España, Italia, Sudáfrica o China, entre otros.⁶

6 La base SNEEP distingue entre 14 nacionalidades. Quienes no pertenecen a ninguna de ellas están agrupados en la categoría "otras", que recoge alrededor del 12% de las personas extranjeras en el Servicio Penitenciario Federal.

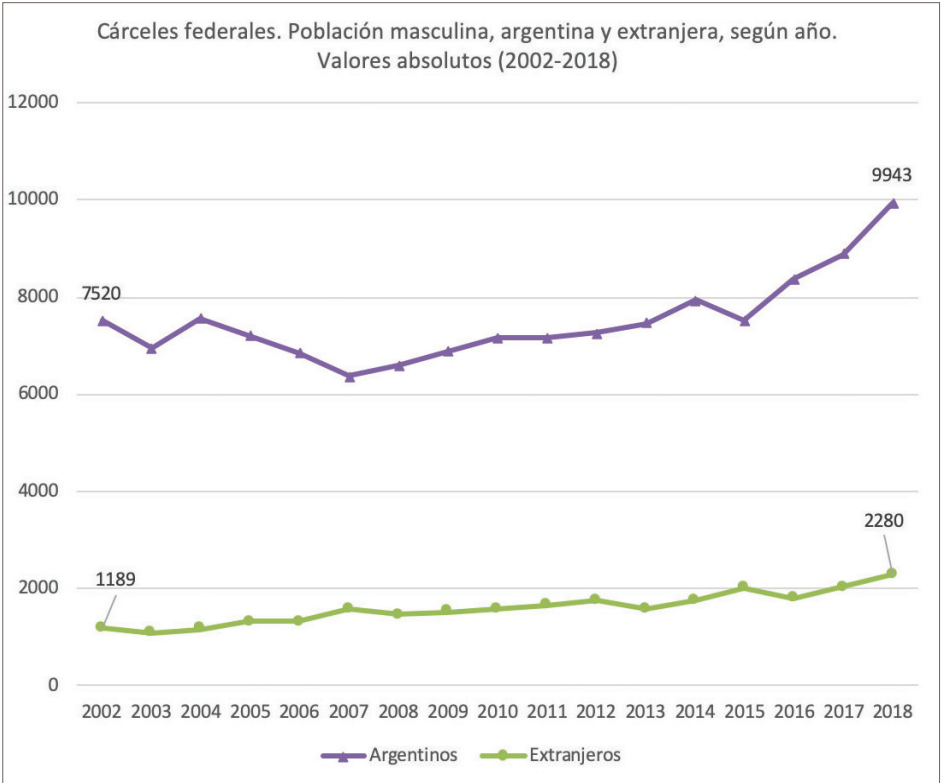
Gráfico 5



Fuente: tabulado CAREF a partir de base de datos SNEEP.

Más allá de la distribución por nacionalidad, vale la pena señalar las heterogéneas dinámicas según género y país de origen, ilustradas a continuación. Los gráficos 6 y 7 muestran las variaciones en la población masculina y femenina, argentina y extranjera. La cantidad de varones extranjeros detenidos aumenta lentamente a lo largo de los años, conservando una proporción relativamente estable dentro del total: hasta 2006 representan alrededor del 14% y entre 2007 y 2018, el 20% (Gráfico 6).

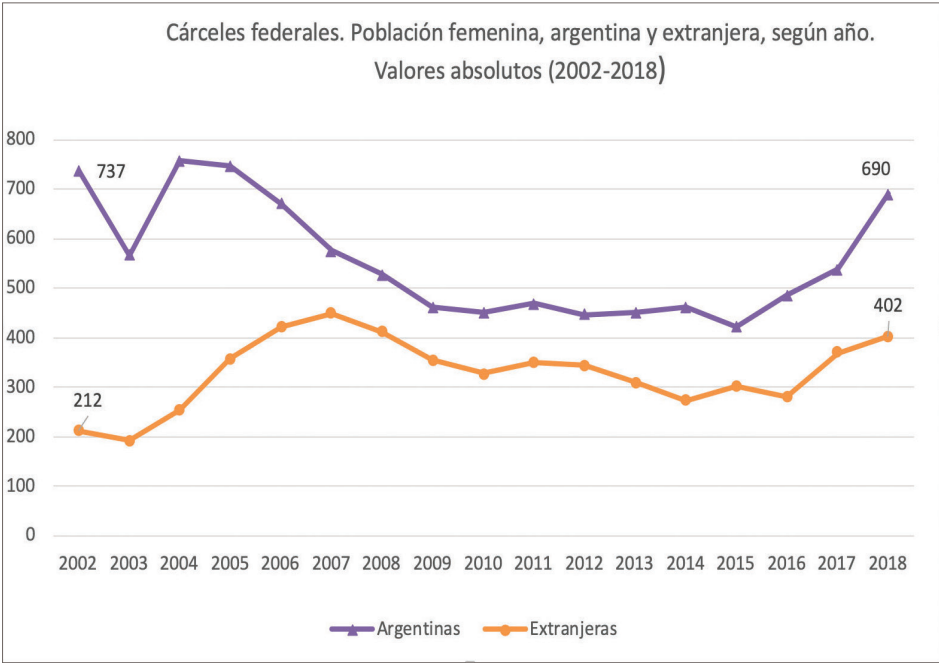
Gráfico 6



Fuente: tabulado CAREF a partir de base de datos SNEEP

La población femenina presenta una dinámica bien diferente, tanto porque sus valores absolutos totales presentan menos variación como porque la cantidad de mujeres argentinas disminuye sostenidamente entre 2004 y 2015. Además, la cantidad de mujeres extranjeras se duplica entre 2002 y 2007, y si bien luego presenta variaciones, representa una proporción mayor sobre el total de la población femenina, en comparación con los varones. Efectivamente, a partir de 2007, las mujeres extranjeras representan alrededor del 42% de las mujeres detenidas en cárceles federales.

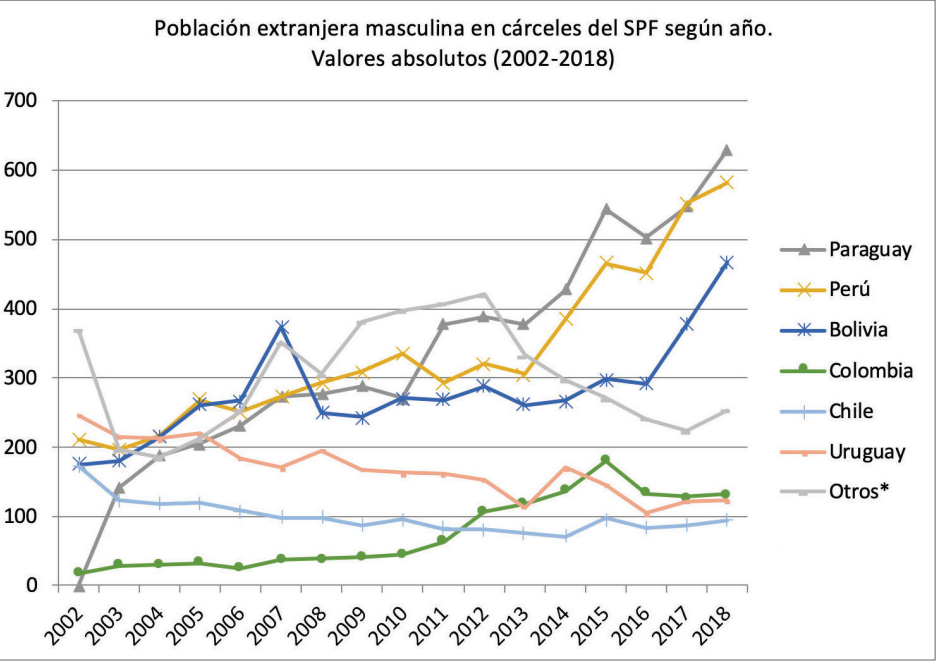
Gráfico 7



Fuente: tabulado CAREF a partir de base de datos SNEEP

Los gráficos 8 y 9 muestran que las variaciones en los valores totales de varones y mujeres extranjeros/as detenidos/as surgen de dinámicas singulares, que pueden observarse cuando se desagrega por país de origen. El Gráfico 8, referido a la población masculina, muestra el incremento de detenidos paraguayos, peruanos y colombianos —especialmente a partir de 2013— y de bolivianos a partir de 2016. También muestra el descenso de detenidos provenientes de fuera del Mercosur a partir de 2012 (de 400 a poco más de 200).

Gráfico 8

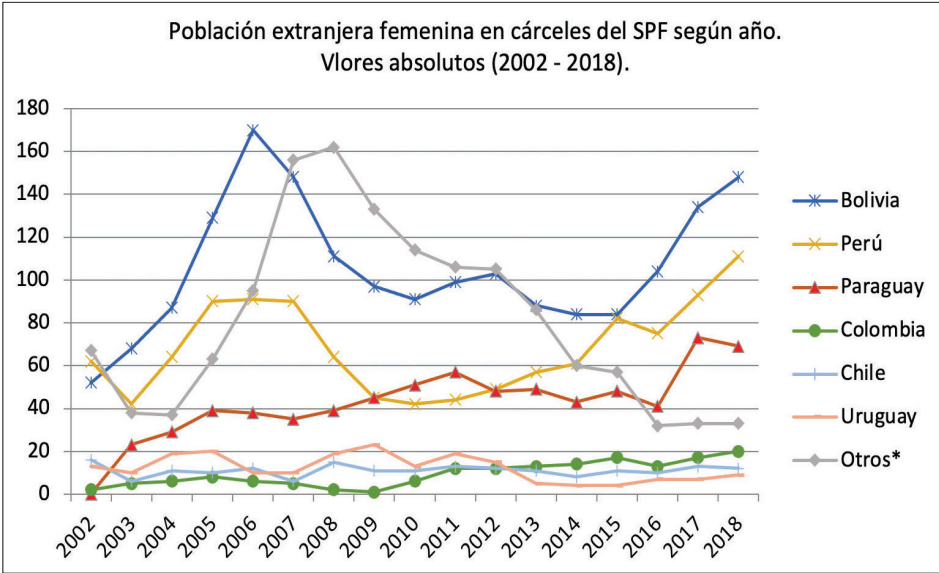


Fuente: tabulado CAREF a partir de base de datos SNEEP.

"Otros" incluye: Brasil, Ecuador, España, Italia, Inglaterra, China, Sudáfrica, Nigeria y otros países no detallados en la base SNEEP.

El gráfico 9, referido a la población femenina (cuyos valores absolutos son mucho más reducidos), da cuenta de un patrón diferente: el descenso de los dos principales grupos de mujeres detenidas (extra-Mercosur y bolivianas —estas últimas hasta 2015—) y el incremento, a partir de 2015 del número de mujeres bolivianas, peruanas y paraguayas detenidas.

Gráfico 9



Fuente: tabulado CAREF a partir de base de datos SNEEP.
"Otros" incluye: Brasil, Ecuador, España, Italia, Inglaterra, China, Sudáfrica, Nigeria y otros países no detallados en la base SNEEP.

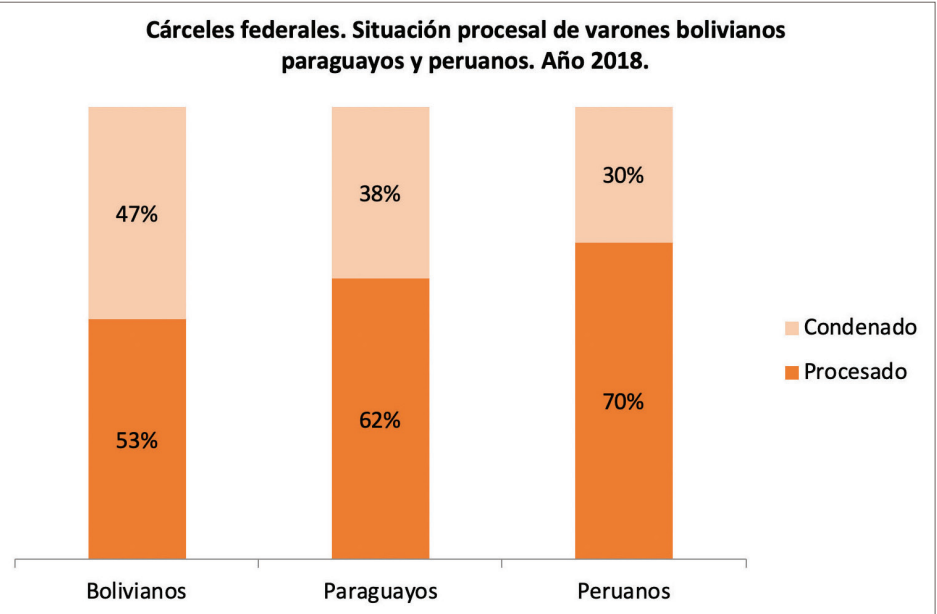
Es decir que las variaciones en la composición por nacionalidades han acompañado dos procesos distintos según se trate de varones o de mujeres. En el caso de los varones extranjeros, el aumento de la población encarcelada (Gráfico 6) ha resultado del incremento de varones encarcelados de casi todas las nacionalidades (Gráfico 8). En el caso de las mujeres, la población total encarcelada (argentinas y extranjeras) varía menos que la de varones, pero dentro de ella, hasta 2015, desciende la cantidad de mujeres argentinas y extra-Mercosur detenidas y aumentan las mujeres bolivianas, peruanas y paraguayas encarceladas (Gráfico 9).

En lo que respecta a la situación procesal, para el período comprendido entre 2002 y 2018, 43% de todas las personas detenidas se encontraban condenadas y 56% procesadas (1% eran inimputables). El elevado porcentaje de personas procesadas encarceladas muestra un deficiente funcionamiento de

sistema de justicia penal y un abuso de la prisión preventiva. Cuando se analiza la población extranjera, se observa que sus valores sostienen la misma tendencia de mayor proporción de procesados, pero aun más agravada: 38% está condenado y 62% procesado. Esto puede estar relacionado con un uso aun mayor de la prisión preventiva, en base a un menor arraigo o a la ausencia de domicilio en el país. En el reducido porcentaje de personas extranjeras condenadas también podría incidir la aplicación de la del art. 64 de la Ley de Migraciones (que establece la expulsión al cumplir la mitad de la condena), pero los datos estadísticos disponibles no permiten sacar conclusiones ciertas.

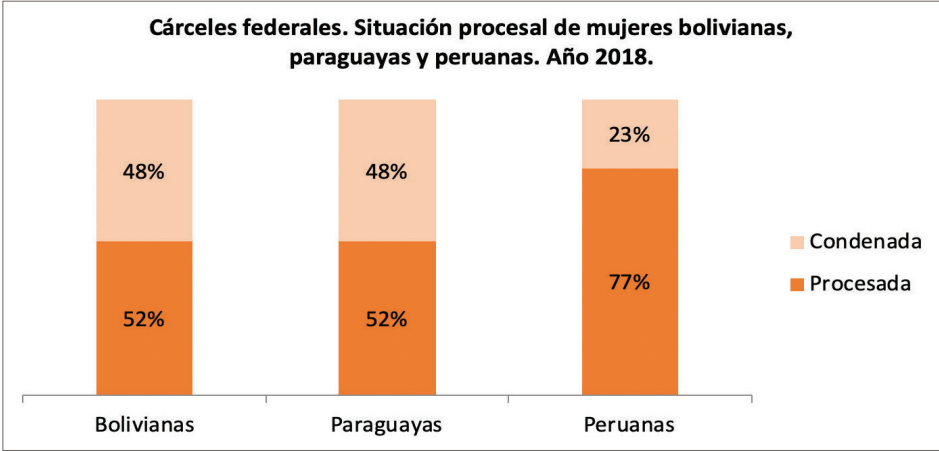
Los gráficos a continuación (10 y 11) ilustran la situación procesal en 2018 de varones y mujeres provenientes de Perú, Paraguay y Bolivia, que son las nacionalidades que exhiben mayor incidencia dentro del colectivo extranjero.

Gráfico 10



Fuente: tabulado CAREF a partir de base de datos SNEEP 2018.

Gráfico 11



Fuente: tabulado CAREF a partir de base de datos SNEEP 2018

Para 2018, llama la atención en particular el elevadísimo porcentaje de personas peruanas sometidas a prisión preventiva, en particular entre las mujeres: 3 de cada 4 mujeres peruanas presas en las cárceles federales lo están sin condena firme, en decir, en calidad de procesadas. Este dato merecería estudios específicos que analicen en profundidad las formas de criminalización de este colectivo.

No obstante, también debemos considerar que las fluctuaciones en la proporción procesados/condenados pueden ser notorias de año a año. Ello se debe a que se trata de pequeñas cantidades de personas (en 2018 había 69 mujeres paraguayas detenidas, 111 mujeres peruanas y 150 mujeres bolivianas - ver Gráfico 9) y a la gran cantidad de causas que se resuelven por la vía de los juicios abreviados, que siempre son condenatorios. Así, sobre números pequeños, una veintena de juicios abreviados en un año puede disminuir perceptiblemente la proporción de mujeres procesadas sobre el total de detenidas, de modo que resulta importante analizar ciclos largos y tendencias.

Cárceles provinciales

Al hacer el mismo análisis en relación al conjunto de cárceles provinciales de todo el país (donde hay proporcionalmente menos personas por infracción

a la ley de estupefacientes) se observa que las personas argentinas representan el 97% del total, casi sin oscilaciones para todo el período de referencia. Al igual que en las cárceles federales, la cantidad de mujeres es reducida. Las argentinas representan alrededor del 4% de los presos nacionales, en tanto que extranjeras rondan el 7% del total de detenidos extranjeros. Por otra parte, el 96% de las personas extranjeras detenidas proviene de países del Mercosur y solo el 4% de fuera de la región (Gráfico 12). Mientras en las cárceles federales la cantidad de personas que proviene de Bolivia, Paraguay y Perú ronda respectivamente el 20% con ciertas similitudes, en las provinciales predominan las personas paraguayas (37%), lejanamente seguidas por las bolivianas (18%) y las peruanas (9%).

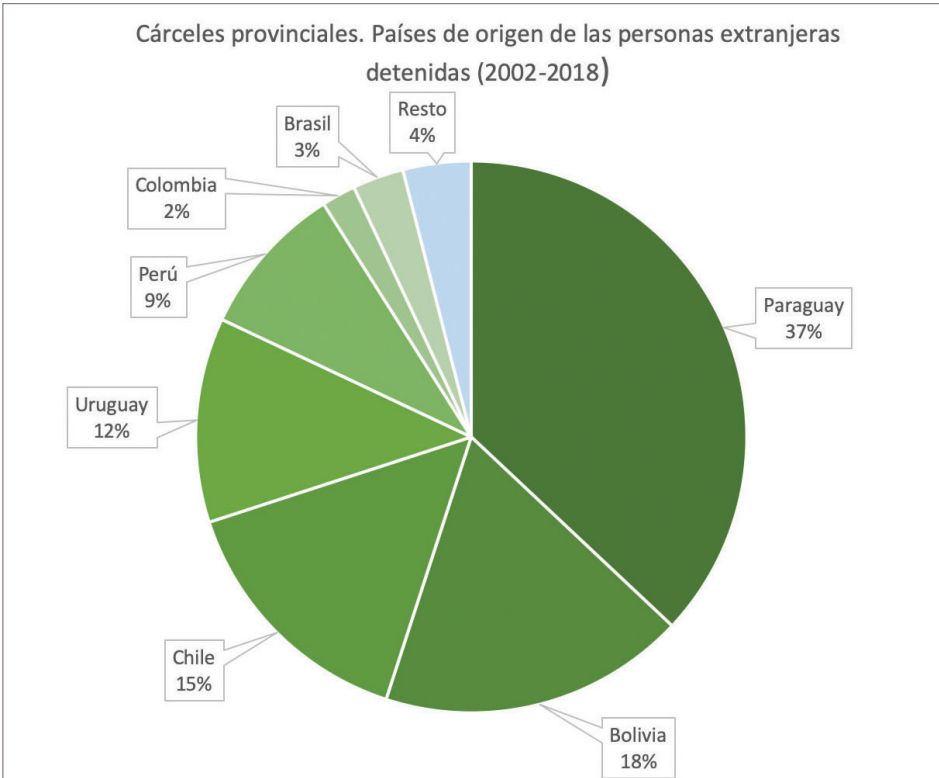
Tabla 2. Personas detenidas en cárceles provinciales, según origen y género.

	Argentinos/as			Extranjeros/as		
	Varones	Mujeres	Total	Varones	Mujeres	Total
2002	33.136	1.378	34.514	722	75	797
2003	31.662	1.478	33.140	687	56	743
2004	40.494	1.531	42.025	1.186	80	1.266
2005	32.032	989	33.021	965	78	1.043
2006	38.188	1.583	39.771	1.175	102	1.277
2007	38.542	1.673	40.215	1.650	91	1.741
2008	40.442	1.749	42.191	1.990	118	2.108
2009	42.238	1.712	43.950	1.494	104	1.598
2010	46.020	1.847	47.867	1.435	92	1.527
2011	46.795	1.977	48.772	1.575	115	1.690
2012	47.863	1.937	49.800	1.458	127	1.585
2013	50.690	1.978	52.668	1.545	101	1.646
2014	53.940	2.127	56.067	1.789	127	1.916
2015	56.962	2.087	59.060	1.980	150	2.130
2016	60.824	2.249	63.098	2.016	168	2.195
2017	68.201	2.495	70.743	2.437	199	2.679
2018	74.912	3.049	78.021	3.240	221	3.504

Fuente: tabulado CAREF a partir de base de datos SNEEP.

Nota: A partir de 2015 inclusive, el SNEEP agregó la categoría "transexual" al registro de género. En 2015, 11 personas figuran como transexuales, todas ellas argentinas. En 2016, 36 personas (25 argentinas y 11 extranjeras). En 2017, 90 personas (47 argentinas y 43 extranjeras) y en 2018, 103 personas (60 argentinas y 43 extranjeras). En la Tabla 2, para esos años, las personas transexuales fueron asignadas al valor total de las columnas correspondientes a argentinos/as y extranjeros/as. Por ese motivo, para los años 2015 a 2018, la suma de mujeres y varones es levemente inferior al total del año.

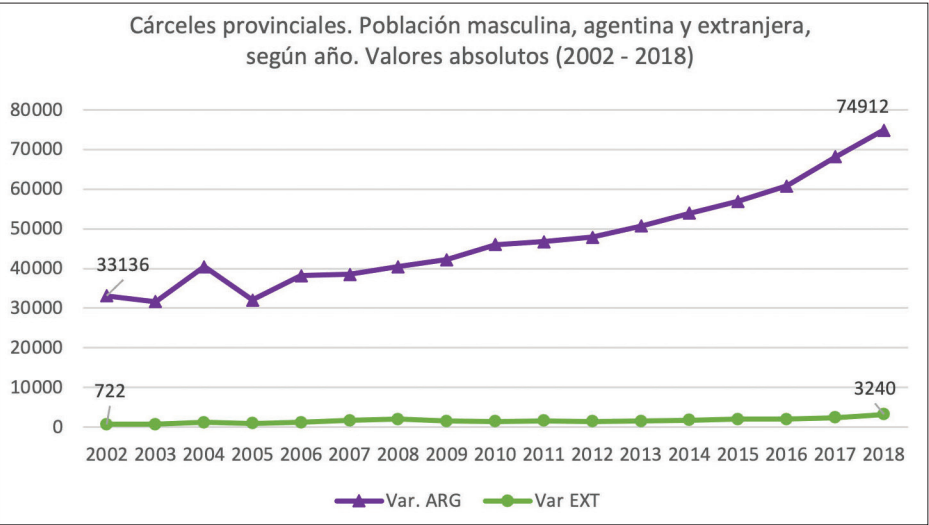
Gráfico 12



Fuente: tabulado CAREF a partir de base de datos SNEEP.

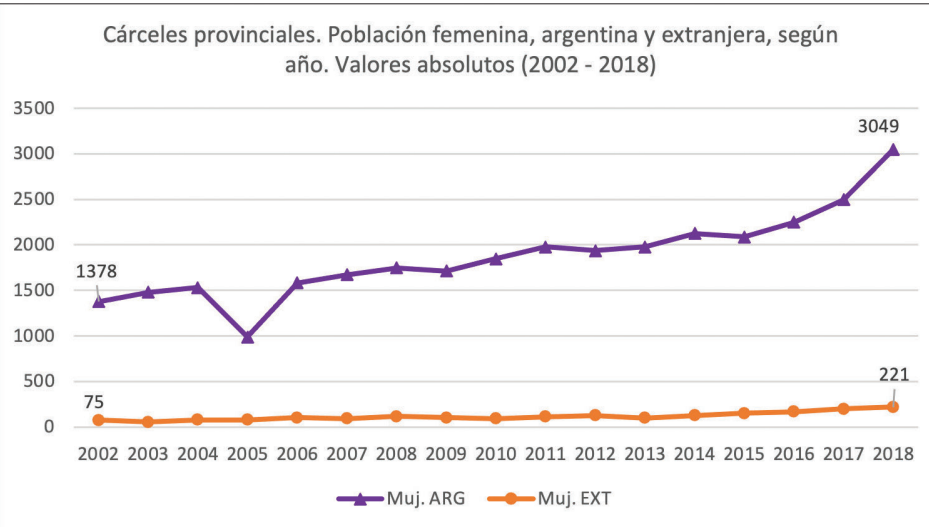
En relación a las variaciones en la cantidad, las tendencias son similares para varones y mujeres argentinos y extranjeros (Gráficos 13 y 14). En particular en lo que respecta a las mujeres, no se observan dinámicas cambiantes como las que se verifican para las cárceles federales.

Gráfico 13



Fuente: tabulado CAREF a partir de base de datos SNEEP.

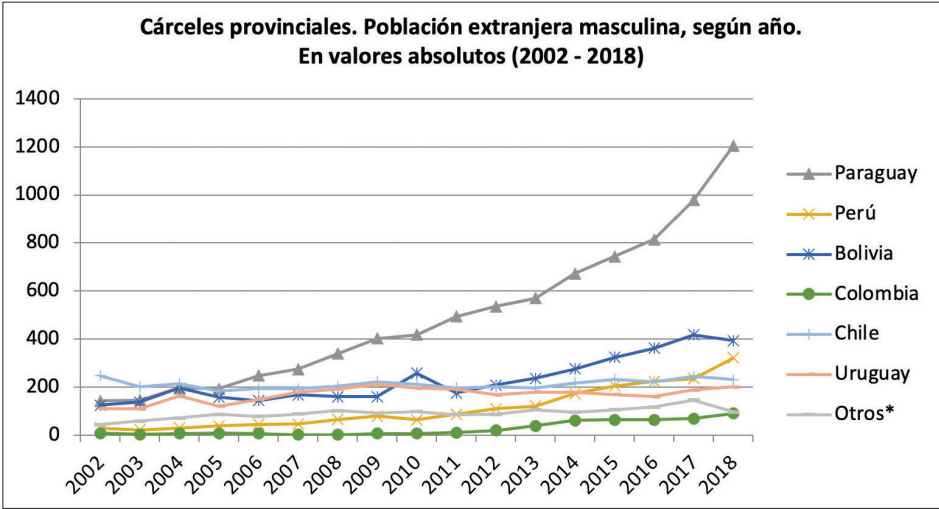
Gráfico 14



Fuente: tabulado CAREF a partir de base de datos SNEEP.

Al desagregar a la población extranjera según país de origen, se destaca que todas las nacionalidades extranjeras aumentan de manera moderada y pareja, salvo la población paraguaya, cuyos valores se incrementan más fuertemente que el resto (Gráficos 15 y 16). Es posible que esto se deba al incremento (en valores absolutos y porcentuales) que exhibió la inmigración paraguaya a la Argentina entre 2001 y 2010: según datos de los censos nacionales de población, entre 2001 y 2010 los residentes paraguayos pasaron de 325.000 a 550.000.⁷ Además, se trata de la nacionalidad que más trámites de residencia realizó entre 2010 y 2018: 380.000 residencias temporarias y 400.000 residencias permanentes.⁸

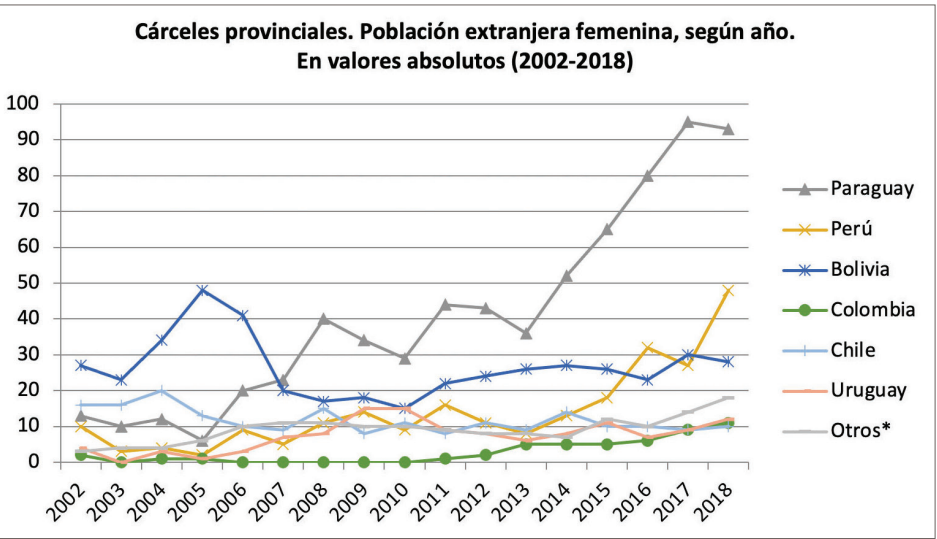
Gráfico 15



Fuente: tabulado CAREF a partir de base de datos SNEEP.
"Otros" incluye: Brasil, Ecuador, España, Italia, Inglaterra, China, Sudáfrica, Nigeria y otros países no detallados en la base SNEEP.

7 Ver www.indec.gob.ar/censos
8 Cálculos propios en base a información disponible en el sitio web de la Dirección Nacional de Migraciones (<https://www.argentina.gob.ar/interior/migraciones/estadisticas>). Vale señalar que no corresponde sumar las residencias temporarias y permanentes. Solo las residencias permanentes (que se tramitan una sola vez) equivalen a "personas". Por lo general, la misma persona suele tener primero una residencia temporaria y luego una permanente.

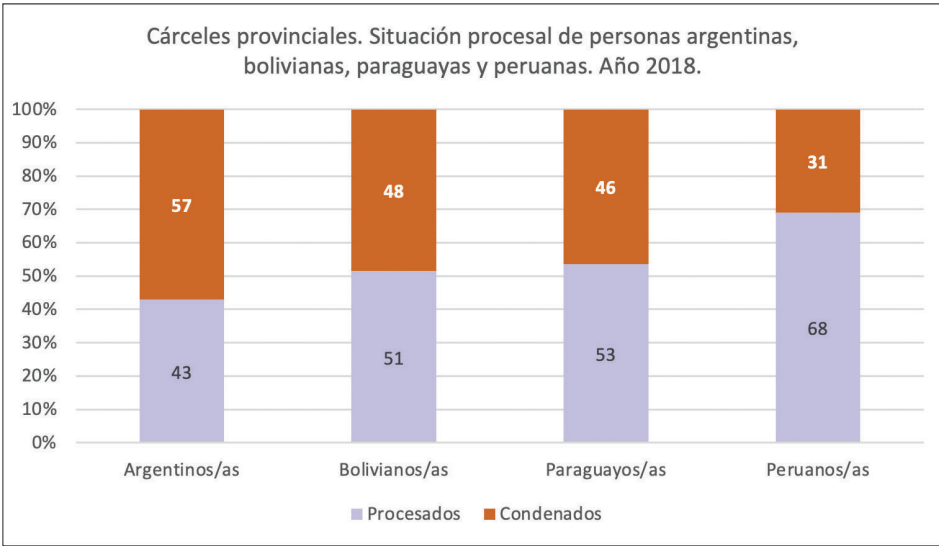
Gráfico 16



Fuente: tabulado CAREF a partir de base de datos SNEEP.
"Otros" incluye: Brasil, Ecuador, España, Italia, Inglaterra, China, Sudáfrica, Nigeria y otros países no detallados en la base SNEEP.

En el conjunto de cárceles provinciales, 52% de las personas se encuentran condenadas, 46% procesadas y el resto son inimputables o revisiten otra situación jurídica. Igual que en las cárceles federales, la situación de las personas extranjeras es distinta del promedio, mostrando un mayor porcentaje de procesadas: 42% están condenadas y 58% procesadas. El gráfico 11 ilustra las diferencias en la situación procesal de personas argentinas, bolivianas, paraguayas y peruanas, y nuevamente observamos el elevado porcentaje de personas peruanas encarceladas sin sentencia firme, esto es, en calidad de procesadas.

Gráfico 17



Fuente: tabulado CAREF en base a datos SNEEP 2018

Tal vez una de las diferencias más significativas entre la población alojada en cárceles provinciales y aquella que se encuentran en prisiones federales refiera al cruce entre composición por género y nacionalidad. En las cárceles provinciales, la proporción de mujeres sobre el total de personas detenidas oscila entre el 3% (año 2002) y el 4,5 % (año 2005) con un promedio de 4% para todo el período (2002 – 2018). Por su parte, en las cárceles federales, las mujeres oscilan entre el 7% (año 2016) y el 12% (año 2006), con un promedio del 9% para todo el período. Esto sin duda se vincula con dos cuestiones combinadas: primero, en las cárceles federales se encuentran detenidas principalmente personas que tienen una acusación penal vinculada a la infracción a la ley de Estupeficientes (ley 23.737). Efectivamente, allí, el 32% de todas las personas detenidas están procesadas o condenadas por causas por estupeficientes, a diferencia de la población alojada en cárceles provinciales, donde solo lo está el 6,5 %. Segundo, se trata del tipo de delito por el cual las mujeres son detenidas con mayor frecuencia: en las cárceles federales el 66% de las mujeres está procesada o condenada en una causa por drogas, contra el 28% en el caso de los varones. En las cárceles provinciales, 30% de las im-

putaciones de las mujeres corresponden a estupeficientes, en contraste con solo 6% de las de varones.⁹

En síntesis

La información presentada y analizada en este capítulo muestra que las personas extranjeras representan una pequeña proporción del total de las personas detenidas en cárceles de la Argentina, incluyendo las cárceles federales y provinciales. También muestra que esta proporción ha sido notoriamente estable a lo largo de los años, y que el incremento global de la población detenida en el país se debe principalmente al encarcelamiento de personas argentinas.

Los datos del SNEEP dejan entrever variaciones en el encarcelamiento según género y nacionalidad. Tanto en las cárceles federales como en las provinciales, la población extranjera detenida presenta notorios cambios en la composición por nacionalidades. Estas variaciones son aún más perceptibles en el caso de las mujeres. Las descripción más precisa y la explicación de estas variaciones quedará para futuras investigaciones, que sin duda deberán recurrir a otras herramientas (cualitativas), más sensibles a aspectos procesales y de política criminal. Otra pregunta que dejan pendiente los números refiere al frecuente desequilibrio entre nacionales y extranjeros procesados y condenados. Efectivamente, en las cárceles federales y provinciales, la proporción de personas extranjeras detenidas sin condena (procesadas) suele ser mayor que la de personas nacionales.

Así como dejan preguntas, dejan una certeza: no hubo, en los años comprendidos entre 2002 y 2016, ningún cambio en la proporción de la población extranjera encarcelada que configurara “una situación crítica que amerita la adopción de medidas urgentes”, como se argumentó en el texto del Decreto de Necesidad y Urgencia 70/2017 que modificó las leyes migratorias y de nacionalidad y ciudadanía.

⁹ En las cárceles provinciales el primer delito por el cual están detenidas las mujeres es infracción a la ley de estupeficientes (30%), seguido por robo o tentativa de robo (20%). En el caso de los varones, robo o tentativa de robo es el primer delito imputado (44%), seguido de homicidio doloso (15%), violación (8%) y estupeficientes en cuarto lugar. En las cárceles federales en el caso de las mujeres, a la imputación por estupeficientes (66%) sigue la de robo y hurto (8,9% y 8,5%) y homicidio doloso (4,5%). En el caso de los varones, luego de estupeficientes se encuentran imputaciones por robo y hurto (21% cada una), homicidio (7%) y violación (3%). [Fuente: bases SNEEP 2002-2018].

Familias, detención y expulsión. La condena penal y la condena administrativa

Entre fines de 2018 y principios de 2019, la Comisión Argentina para Refugiados y Migrantes (CAREF) y el Área de Extranjeros en Prisión y Argentinos Privados de su Libertad en el Exterior de la Procuración Penitenciaria de la Nación (PPN) entrevistaron a 32 personas extranjeras (detenidas en cárceles federales ubicadas en la Ciudad Autónoma y en la Provincia de Buenos Aires) con el propósito de indagar el impacto de la detención y la eventual expulsión en sus familias. La manera en que se gestionó la posibilidad de hacer las entrevistas merece un comentario.

Durante 2017, CAREF había comenzado a dialogar con dos organizaciones de la sociedad civil (basadas en la Ciudad de Buenos Aires) abocadas a la protección y promoción de derechos de personas detenidas y al acompañamiento de sus familiares. La primera de ellas está vinculada al área de extensión de la Universidad de Buenos Aires. Desde 1997 interviene dentro de las cárceles con dispositivos grupales e individuales que contribuyen a reducir los efectos de la fragmentación y el aislamiento propios de la vida carcelaria y que permiten abordar distintas temáticas (tales como vínculos familiares, violencia institucional, educación y trabajo, etc.). La segunda organización, fundada en 2009, centra su trabajo en proyectos artísticos y productivos en una cárcel de mujeres, a la vez que lleva adelante espacios de capacitación y contención para quienes salen en libertad.

Puesto que se trataba de dos asociaciones que realizaban con regularidad distintas actividades dentro de las cárceles federales, se comenzó a articular con ellas con el propósito de sumar a los encuentros que ya realizaban un componente destinado a informar a personas extranjeras sobre sus derechos y sobre las modificaciones introducidas por el Decreto de Necesidad y Urgencia 70/2017. Se esperaba que en el marco de estos encuentros sería posible conversar con las personas extranjeras detenidas, atender consultas más específicas y poner a disposición (para ellas y para sus familiares) el Servicio Social de CAREF. Así fue que en octubre de 2017, el equipo profesional del Servicio Social de CAREF participó en un taller realizado en una cárcel de varones ¹ al que concurrieron aproximadamente diez personas extranjeras. La variedad de consultas que hicieron (sobre su documentación y la de sus familiares, sobre los procedimientos de expulsión y sobre el acceso a educación y trabajo dentro del penal) confirmó la necesidad de implementar estos espacios. Además de contribuir con asesoramiento puntual, el diálogo con las personas detenidas permitía a las organizaciones una mejor comprensión de sus preocupaciones —especialmente en lo referido al contacto con cónyuges, hijos e hijas en Argentina y en el país de origen—.

A partir de esta provechosa experiencia inicial, las dos asociaciones y CAREF comenzaron a planificar una serie de encuentros similares, a realizarse durante 2018 en cárceles federales de varones y mujeres ubicadas en Buenos Aires. La propuesta consistía en un doble dispositivo: primero un encuentro informativo y de consulta sobre cuestiones puntuales ligadas a la condición migratoria de las personas detenidas, seguido por la realización de unas breves entrevistas (de no más de 15 minutos) a quienes tuvieran disponibilidad. Sin embargo, cuando a principios de 2018 ambas asociaciones (que ya llevaban varios años trabajando dentro de distintas cárceles) comenzaron a solicitar al Servicio Penitenciario Federal (SPF) autorización para realizar los talleres, la respuesta se demoraba. Finalmente, a mediados de 2018, ambas asociaciones avisaron a CAREF que, debido a cambios reglamentarios, el Servicio Penitenciario Federal no les estaba permitiendo el ingreso a las cárceles a las que ya venían concurriendo.

1 El taller se realizó en el Complejo Penitenciario Federal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, más conocido como "Devoto", por el barrio en donde está ubicado.

Debido a esta situación, CAREF y la Procuración Penitenciaria de la Nación firmaron un convenio de cooperación, que formalizaba las articulaciones preexistentes a la vez que abría una alternativa para las actividades dentro de las cárceles. Junto con el Área de Extranjeros en Prisión y APLE (de la Dirección General de Protección de Derechos Humanos) de la PPN se propusieron nuevos formatos de talleres, con la participación de profesionales de ambas instituciones, y se elaboró una sintética pauta de entrevista (ver Anexo al final de este capítulo) para conocer la situación familiar de las personas detenidas e indagar en torno a su conocimiento e interés (o rechazo) del procedimiento de expulsión. ² De este modo, el contacto con el Servicio Penitenciario Federal para gestionar los encuentros y las entrevistas quedó en manos de la Procuración Penitenciaria de la Nación, cuyo mandato expreso en relación a la protección de derechos de las personas detenidas aseguraba el acceso a las cárceles.

Así fue posible realizar seis talleres, dos en cárceles de mujeres ³ y cuatro en cárceles de varones. No obstante, los encuentros siempre debieron sortear varios obstáculos para efectivizarse.

La PPN convocaba a los talleres a partir de listados (confeccionados por cada cárcel) en los que figuraba nombre, apellido, nacionalidad y lugar de alojamiento de las personas detenidas. Si bien se solicitaba al SPF que gestionara la presencia de todas las personas extranjeras que quisieran participar, la concurrencia siempre resultaba significativamente menor en relación con la cantidad de personas extranjeras alojadas. Ello se debía a superposición con otras actividades (los talleres se hacían por las mañanas y podían coincidir con el horario de trabajo o de clases) pero también a falta de difusión por parte del SPF entre posibles interesados. Esta falta de difusión, perceptible en el desconocimiento que algunas personas tenían acerca de la temática que se abordaría en el taller, tenía otra contracara: personas que hubieran tenido interés en asistir pero nun-

2 El artículo 64 de la Ley de Migraciones contempla la expulsión como una forma de poner fin al cumplimiento de la condena. La expulsión procede a partir de la mitad del cumplimiento de la pena, en el caso de personas extranjeras a quienes se haya dictado una orden administrativa de expulsión firme. La ejecución de la expulsión (o extrañamiento, como a veces se la denomina) da por cumplida la pena (es decir que las personas no continúan detenidas en su país de origen) pero conlleva prohibición de reingreso a Argentina por un período variable pero nunca menor a 5 años. (Para más detalles, ver Capítulo II de este informe)

3 Hubo un primer taller en una cárcel de mujeres donde no fue posible hacer entrevistas ya que no fue se contó con un espacio con la privacidad mínima para asegurar la confidencialidad.

ca supieron que el taller tendría lugar. Afortunadamente, una tercera asociación civil, con posibilidades de difundir información dentro de la cárcel, colaboró con la convocatoria.

Otros obstáculos refieren a las demoras del SPF para autorizar el ingreso a las cárceles de las y los profesionales del Servicio Social de CAREF —que en ocasiones no sabían si podrían entrar hasta el momento mismo de llegar al penal—; a los escasos lugares disponibles para reunirse (en una oportunidad, el taller se hizo en la capilla a falta de otro espacio común) y a las demoras en trasladar a las personas detenidas desde sus pabellones al lugar donde se realizaría la actividad.

Sumado a las restricciones para el ingreso que afectaron a las asociaciones con las cuales CAREF había trabajado anteriormente, este nuevo conjunto de obstáculos (comparativamente de “baja intensidad”) muestra la persistente opacidad de las cárceles y de su funcionamiento burocrático-administrativo. Una de sus características es la circulación férreamente controlada y dosificada de todo tipo de información, incluyendo aquella que no es sensible ni confidencial tal como el día, horario y tema de una actividad destinada a las personas extranjeras detenidas.

Trayectorias migratorias y detención

Las entrevistas que se analizan a continuación fueron realizadas entre octubre de 2018 y febrero de 2019 a un total de 32 personas extranjeras presas: 5 mujeres alojadas en el Complejo Penitenciario Federal IV ubicado en la localidad de Ezeiza y 27 varones alojados en el Complejo Penitenciario Federal I de Ezeiza, ubicado en la Provincia de Buenos Aires. A lo largo de los encuentros, al finalizar los talleres en las que se explicaban cuestiones generales respecto a la detención y expulsión de personas extranjeras y se respondían dudas y preguntas, los equipos técnicos de CAREF y la PPN (integrados por trabajadoras y trabajadores sociales, abogadas y una socióloga) entrevistaron a las personas que expresaron su voluntad de conversar sobre sus trayectorias migratorias y sus perspectivas una vez completado el proceso judicial.

La pauta de entrevista apuntaba a indagar brevemente la situación mi-

gratoria anterior a la detención, la relación con el grupo familiar, el impacto de la detención y las perspectivas luego de finalizado el proceso penal.⁴ Idealmente, las entrevistas se harían a personas que tuvieran lazos afectivos en el país (especialmente hijos o hijas menores de edad) y que desearan permanecer en Argentina luego de la detención; es decir: aquellas personas que reunieran los requisitos para solicitar la dispensa que establece el artículo 62 de la Ley de Migraciones N° 25.871. Sin embargo, las propias características del dispositivo (un taller en una cárcel) determinaban cuántas entrevistas se podrían hacer en cada oportunidad y a quiénes: a las personas que hubieran podido concurrir al taller, que dispusieran de unos minutos más para conversar y que además tuvieran interés en hacerlo. El resultado fue un grupo diverso en cuanto a las edades, nacionalidades, situación familiar, trayectoria migratoria y expectativas para cuando finalizara la detención. Esta heterogeneidad nos puso en contacto con un conjunto de experiencias vinculadas al arraigo y a la situación migratoria previa a la detención que ameritan una puesta en foco.

De las cinco mujeres entrevistadas, tres eran peruanas, una era paraguaya y la otra uruguaya. Al momento de las entrevistas, la más joven tenía 32 años y la de más edad 58 años. Todas residían en Argentina desde mucho antes de su detención: dos habían llegado en la década de 1980 —una en su infancia, otra en su juventud—, otra hacia 1995 y otras dos hacia el año 2000. Es decir que las “recién llegadas” llevaban 15 o 20 años viviendo en Argentina y las otras más de 30. Solo una de ellas no tenía hijos. Las demás tenían entre 1 y 5 hijos o hijas argentinos/as y dos tenían también hijos nacidos en su país de origen. Todas estas mujeres habían llegado a Argentina en el marco de procesos migratorios familiares, ya sea con sus parejas o con sus padres (en el caso de quienes arribaron en la infancia o adolescencia). Antes de la detención, tres vivían con sus parejas e hijos/as, una vivía con su hija en edad escolar y la última vivía sola.

En cuanto a su documentación argentina, tres contaban con residencia permanente, una con residencia temporaria y la otra carecía de documento, aunque había tenido una residencia precaria unos 15 años antes.⁵ Vale señalar que la mujer que tenía residencia temporaria llevaba más de tres décadas en

4 Las entrevistas no preguntaban por el motivo de la detención. Solo preguntaban la situación procesal y fecha desde la cual la persona se encontraba privada de su libertad.

5 Se trataba de una mujer trans, con lo cual la falta de documentación resultaba de la intersección de diversas situaciones que potenciaban la vulnerabilidad.

el país y tenía hijos argentinos, pero recién en 2016 tramitó su primer DNI (y dijo no saber que con hijos argentinos podía obtener directamente residencia permanente).

Al momento de las entrevistas, ninguna llevaba más de 2 años detenida y solo una ya tenía condena en primera instancia. Todas contaron con defensa pública, pero solo una de ellas (la mujer uruguaya) fue visitada por el consulado de su país. En cuanto a sus actividades en la cárcel, cuatro de ellas trabajaban y cobraban peculio. Una de ellas completó la escuela primaria y dos estaban cursando el secundario.

La detención llevó a la reorganización familiar, especialmente en el caso de quienes tenían hijos o hijas menores de edad:

- Karen ⁶ no tenía contacto con el padre de su hija, nacida en 2006. Luego de su detención, la niña se mudó a la casa de sus abuelos maternos (en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires) y quedó al cuidado de su abuela, que tiene la guarda. Karen cobraba la Asignación Universal por Hijo (AUH) pero la dio de baja porque extravió la tarjeta magnética con la cual retiraba el dinero depositado. La madre de Karen no sabe cómo hacer los trámites para cobrar ella la AUH y de ese modo contar con más recursos para la niña. Karen recibe unas tres visitas anuales de su hija y su madre.
- Rosario vivía con su pareja y sus dos hijas (una paraguaya y la otra argentina). Luego de la detención, una de sus hijas retornó a Paraguay, a vivir con su padre, en tanto que la otra quedó en Argentina, al cuidado de la pareja de Rosario (que no es el padre de la niña). Rosario recibe visitas de su pareja pero no de su hija: puesto que nadie tiene su guarda, no hay ninguna persona adulta que la pueda acompañar a la cárcel a ver a su madre.
- Miranda tiene cinco hijos, dos de los cuales son mayores de edad (19 y 21 años respectivamente) y la visitan con frecuencia. Las tres hijas más pequeñas están bajo la guarda de la abuela materna y viven con ella. Hablan por teléfono con Miranda pero no saben que está detenida. Miranda logró transferirle a su madre la titularidad de la Asignación Universal por Hijo (AUH) que ella cobraba, pero a la fecha de la entrevista no sabía si la seguían percibiendo.

6 Todos los nombres son ficticios.

Las cinco mujeres entrevistadas desean quedarse en Argentina una vez que finalice su detención.

El conjunto de varones entrevistados (27) presentaba una gran variedad respecto a las nacionalidades: nueve eran colombianos, cinco eran paraguayos y cuatro bolivianos. Entre los restantes había chilenos, dominicanos, peruanos y un brasileño. En cuanto a sus edades, diez tenían entre 21 y 30 años, cinco tenían entre 31 y 40 años y los doce restantes tenían entre 41 y 57 años. Vale destacar que en este último grupo, cinco tenían más de 50 años. Entre quienes tenían menos de 35 años (14 personas) estaban casi todos los colombianos, en tanto que los bolivianos, chilenos, peruanos y paraguayos se concentraban en el grupo de mayor edad.

A diferencia de las mujeres entrevistadas, no todos los varones vivían en Argentina al momento de su detención: dos se encontraban en Colombia (desde donde fueron extraditados) pero previamente habían residido durante varios años en el país, tramitado sus respectivas residencias y obtenido DNI argentino. Otro varón (chileno) había vivido en la Ciudad de Rosario en la década de 1990, donde había arribado con su padre a los 17 años, para trabajar. A la fecha de la detención vivía principalmente en Chile, con algunas estadías en Argentina —aunque nunca había regularizado su situación migratoria—.

Los 24 restantes residían en Argentina, la mayoría desde hacía muchos años. Efectivamente, diez varones llevaban más de veinte años viviendo en el país, otros diez llevaban entre cinco y diecinueve años y solo cuatro contaban con menos de cinco años de residencia. Algunos de los residentes de larga data habían arribado durante su infancia o adolescencia con alguno de sus progenitores, con amigos o conocidos. Otros llegaron como adultos jóvenes, en ocasiones con su pareja e hijos pequeños. Entre los primeros, se destaca el caso de un joven, de 21 años a la fecha de la entrevista, cuyos padres y hermanos son argentinos: él nació inesperadamente en Paraguay, en el marco de una visita familiar.

De los 27 varones entrevistados, 24 tenían hijos/as, y de ellos solo tres tenían hijos/as nacidos/as en el extranjero. Entre los restantes, 19 tenían hijos o hijas argentinos menores de 18 años y algunos también tenían hijos/as nacidos en su país de origen:

- Un varón boliviano, de casi 60 años, tenía diez hijos argentinos (de

dos parejas distintas) cuyas edades al momento de la entrevista oscilaban entre los 18 y 38 años.

- Un varón brasileño tenía diez hijos, algunos nacidos en Brasil y otros en Argentina. Entre estos últimos había un niño de 15 y una niña de 6.
- Un varón colombiano tenía un hijo argentino de 5 años y otro colombiano de 8, con residencia permanente en Argentina.
- Un hombre peruano tenía seis hijos: dos de más de 30 años, nacidos en Perú y cuatro argentinos de edades entre los 16 y 24 años.
- Quince varones tenían hijos e hijas argentinos/as menores de 12 años.

En unos pocos casos (6), los padres no habían podido reconocer a algunos de sus hijos/as argentinos/as. Dos de ellos, porque por distintos motivos carecían de documento argentino cuando nacieron sus hijos y supusieron (erróneamente) que no podrían figurar en la partida de nacimiento, y uno porque la hija había nacido durante su detención y estaba a la espera de poder realizar las diligencias correspondientes a través del SPF.

Si bien algunos padres no convivían cotidianamente con sus hijos pequeños porque estaban separados de las madres, todos manifestaron tener relación frecuente y fluida con ellos. Ya se tratara de parejas separadas o no, tras la detención del padre muchos de los niños y niñas continuaron viviendo en el mismo lugar con la madre. En la medida de lo posible, las madres se apoyaron en otros integrantes de las familias para reorganizar la vida cotidiana y resolver las complejas e inciertas situaciones que debieron enfrentar.

- Un varón peruano vivía con sus dos hijos más pequeños (ambos argentinos), que aún eran adolescentes. Cuando fue detenido, su hija mayor, que vivía en Perú, volvió a Argentina para hacerse cargo de sus hermanos. La hija visita al padre con frecuencia. Por decisión del padre, los hijos adolescentes no lo visitan en la cárcel.
- Un joven colombiano perdió contacto con su esposa y sus dos niños: puesto que la pareja no tiene documentos argentinos, no ha podido ingresar a la cárcel a visitarlo.⁷ A la fecha de la entrevista, el padre no

7 Si bien existe un marco regulatorio general para las visitas (que permite el ingreso con cualquier documento vigente que acredite identidad), en la práctica se observa que las autoridades de cada establecimiento carcelario agregan a esta indicación general sus propios criterios o pautas.

sabía cómo estaban ni dónde residían.

- Un hombre chileno fue detenido en Argentina junto con su pareja española, que tenía tres hijos argentinos y un hijo francés (este último en común con el varón detenido). La abuela de los niños viajó desde Chile para cuidarlos. Un año después de las detenciones, la madre de los niños obtuvo el arresto domiciliario, con autorización para llevarlos a la escuela y al centro de salud. Ella lo visita frecuentemente, pero no así su hijo (francés), cuya documentación personal no está actualizada.
- Un matrimonio colombiano, que residía en Bogotá con su hijo de 3 años, fue extraditado a Argentina. Durante el año que estuvieron detenidos antes de la extradición, el bebé estuvo al cuidado de tíos y abuelos. Cuando se efectuó la extradición, el niño viajó a Argentina al cuidado de una pariente, que se ocupó de él hasta que la madre obtuvo la prisión domiciliaria. La madre y el niño visitan al padre cada 15 días.

Muchos varones (17) reciben visitas una vez al mes, cada quince días o semanales. Los visitan sus parejas, ex – parejas, madres e hijos/as adultos. Varios reciben también, con relativa frecuencia, a sus hijos/as menores de edad (acompañados de sus madres). Entre quienes reciben visitas muy esporádicamente o nunca, los motivos son diversos: lugar de residencia distante y traslados costosos, situaciones familiares que se complican, trabajos exigentes que se suman al cuidado de niños pequeños, familiares que desearían visitar pero carecen de documentos que les permitan el ingreso a la cárcel o indicaciones de los propios detenidos, que no desean exponer a sus familias al trago amargo de las visitas carcelarias.

Quince de los varones detenidos manifestaron que no trabajaban formalmente en la cárcel y que por lo tanto no cobraban peculio. Solo seis indicaron expresamente trabajar (en la confección de bolsas o como fajineros) y cobrar un peculio con el cual contribuir a la manutención de sus familias. Es decir que en el caso de los varones con hijos pequeños o adolescentes, el costo emocional, familiar y económico de la detención cae muy fuertemente sobre las mujeres (ya se trate de parejas o ex – parejas), que deben reorganizar la vida y la economía

cotidiana y a la vez esforzarse por mantener el vínculo del padre con los niños y niñas. En no pocas ocasiones, las mujeres se ocuparon también del contacto con la defensa, ya fuera pública o privada.⁸

Varios de los entrevistados indicaron que estaban estudiando en la cárcel: seis cursaban la escuela primaria (cinco de ellos ya la habían hecho en la infancia pero no contaban con las certificaciones correspondientes); tres cursaban el secundario (dos de ellos ya lo habían completado en libertad); dos cursaban tecnicaturas y dos más estaban haciendo el Ciclo Básico Común (CBC) para ingresar a la Universidad de Buenos Aires. Tal como ya han señalado otras investigaciones (ADC, 2012; CELS, 2011; PPN, 2014; Daroqui et al, 2014), la educación dentro de la cárcel (en cualquier nivel) tiene dos beneficios indirectos para los detenidos: genera una rutina y un ámbito fuera de la celda que ayuda a sobrellevar el encierro y mejora el *concepto*⁹ con el que el servicio penitenciario califica el comportamiento de presos y presas.

Si bien casi todos los varones entrevistados llevaban más de cinco años viviendo en Argentina, sus situaciones documentarias previas a la detención eran muy diversas. Entre quienes llevaban muchos años en el país, varios contaban con residencia permanente pero otros no habían tramitado nunca el DNI. Algunos por falta de tiempo, falta de interés o (en el caso del varón brasileño) porque debía traducir toda su documentación de su país de origen. Entre ellos, se encuentra también el joven que había nacido inesperadamente en Paraguay y que residió siempre en Argentina (donde hizo la escuela primaria y la secundaria): su partida de nacimiento tenía un error que sus padres nunca lograron subsanar. Otros iniciaron en algún momento el trámite migratorio pero por diversas cuestiones no lo concluyeron. Unos pocos que contaban con DNI de residente temporario no pudieron renovarlo porque para la fecha en que deberían haberlo hecho estaban detenidos.

En lo que respecta al contacto con los consulados de los países de origen,

8 Vale señalar que en términos jurídicos, todos los varones entrevistados (a excepción de uno) expresaron ser solteros. Es decir que el vínculo con sus parejas nunca se había formalizado en términos de la ley civil: de allí algunos de los obstáculos para reconocer a hijos e hijas e incluso para gestionar ciertas cuestiones familiares.

9 La Ley N° 24.660 establece un sistema penitenciario progresivo, que consiste en el avance a través de distintos períodos y fases en función de la conducta y el concepto obtenidos por el condenado, que es evaluado trimestralmente por un Consejo Correccional. Dicho avance permite lograr mayores niveles de "autodisciplina" y acceder a egresos anticipados.

los varones bolivianos señalaron que su consulado concurre a la cárcel una vez por año, aunque se sintieron defraudados por su limitado accionar. El hombre brasileño expresó que su consulado visita la cárcel unas tres veces por año, en tanto que los chilenos manifestaron no tener contacto, y que, de todos modos "con antecedentes penales, Chile no te va a ayudar".¹⁰ De los varones colombianos, la mitad respondió que tuvo contacto con su consulado y la mitad que no, al igual que los varones dominicanos. Por su parte, los varones peruanos y paraguayos entrevistados indicaron que durante su detención no habían tenido contacto con su consulado.¹¹

En cuanto a la situación procesal a la fecha de la entrevista, seis de los varones ya tenían condena, dos estaban con el juicio en curso y los diecinueve restantes estaban procesados. A su vez, diez contaban con defensa privada y el resto con defensa pública —dos de ellos luego de no poder seguir solventando la defensa privada—. Algunos se comunicaban telefónicamente con sus defensas, otros a través de sus familias.

En relación a qué ocurriría luego de cumplida la condena (en el caso de quienes resultaran condenados) entre los varones había más incertidumbre y más diversidad de expectativas que entre las mujeres, quienes unánimemente deseaban permanecer en Argentina cuando salieran en libertad. De los varones, seis ya habían decidido que querían ser expulsados una vez alcanzada la mitad de la condena.¹² Entre ellos se encontraban quienes no residían en Argentina previo a la detención, pero también tres varones que llevaban entre diez y veinte años en el país y que tenían hijos argentinos pequeños. Uno de ellos sostenía que de obtener la expulsión, su familia argentina se trasladaría con él a su país de origen. Dos varones (procesados a la fecha de la entrevista) decidirían si accederían o no a la expulsión cuando supieran cuántos años de condena les co-

10 Entrevista realizada en la cárcel de Ezeiza en febrero de 2019.

11 La Procuración Penitenciaria de la Nación ha señalado en diversas oportunidades que, por lo general, los Consulados no tienen intervención activa en la privación de libertad de sus nacionales. Vale aclarar que en el curso de la investigación no fueron contactados los representantes consulares de ninguno de los países mencionados.

12 Según datos provistos por la Dirección Nacional de Migraciones en respuesta a un pedido de acceso a la información pública cursado a mediados de 2019 por CAREF y el Centro de Justicia y Derechos Humanos de la Universidad Nacional de Lanús, entre 2014 y septiembre de 2019 se efectivizaron 2.418 expulsiones en el marco del artículo 64 (expulsión de condenados) de la ley 25.871, según el siguiente detalle: año 2014: 218 expulsiones; año 2015: 235 expulsiones; año 2016: 290 expulsiones; año 2017: 414 expulsiones; año 2018: 469 expulsiones; año 2019 (hasta septiembre): 692.

rrespondería cumplir.¹³ Del resto (tanto procesados como condenados), quince no tenían dudas acerca de su deseo de permanecer en Argentina para preservar sus vínculos familiares y continuar su vida en el país. No obstante la legitimidad de este deseo, las páginas a continuación revisan las limitaciones que establece la ley migratoria para quienes han cumplido condenas penales, así como las menguadas oportunidades de recurrir a criterios familiares o de arraigo para permanecer en el país.

Condena penal y condena administrativa

Según el texto original de la Ley de Migraciones (2004), uno de los impedimentos para permanecer en Argentina y regularizar la situación migratoria era la existencia de una condena penal (cumplida o en curso) por un delito que ameritara una pena de privación de libertad de tres años o más (art. 29 inc. c). Además, para el caso de delitos dolosos con penas mayores a 5 años o para quienes tuvieran “conductas reiterantes”, el artículo 62 de la ley preveía la cancelación de la residencia de quienes la hubieran obtenido con anterioridad. Luego del DNU 70/2017, tanto el impedimento de permanencia como la cancelación de la residencia preexistente se ampliaron para incluir condenas no firmes y penas de cualquier duración, cumplidas o en curso.

Es decir que para las personas extranjeras que ya vivían en Argentina y fueron condenadas, la cancelación de la residencia (art. 62) y la imposibilidad de solicitarla nuevamente (art. 29) las coloca en una situación de irregularidad forzosa que prolonga el efecto de la pena ya cumplida.¹⁴ Como ya se señaló anteriormente, debido a esta doble traba que impone la normativa, cuando las personas extranjeras egresan de la cárcel comienzan a cumplir su segunda condena: la administrativa. Esta condena no se agota en la prolongación de la irregularidad: también conlleva el riesgo permanente de una orden de expulsión debida a esa irregularidad.

13 Entre ellos se encontraba el joven que casualmente había nacido en Paraguay.

14 Esto aplica también para quienes cumplieron la totalidad de la condena en Argentina, sin que se ejecutara la orden de expulsión a mitad de condena. Existen distintas (y a veces azarosas) razones por las cuales en algunos casos no se ejecutan las órdenes de expulsión, entre ellas que las personas apelan el procedimiento o su ejecución se demora tanto que finalmente salen en libertad.

Si bien ambos artículos (29 y 62) incluyen excepciones por motivos humanitarios o de reunificación familiar, su aplicación (poco frecuente, a decir verdad) implicó largos procesos administrativos y judiciales en los que han intervenido diversos actores incluso de la sociedad civil. A continuación, se reseña una situación que ilustra la operatoria de ambos artículos.

La Sra. Z.C.B.R., de nacionalidad peruana, llegó a la Argentina en 1994 junto a su madre, su hermano y sus dos sobrinos. En 1999 fue condenada por un delito relacionado al tráfico de estupefacientes, que tuvo como consecuencia su privación de libertad hasta el año 2000, cuando egresó en libertad condicional. En 2006, la Sra. Z.C.B.R. solicitó ante Dirección Nacional de Migraciones una residencia temporaria en el país en el marco del Programa Nacional de Normalización Documentaria Migratoria para nativos de países del Mercosur y Asociados. Sin embargo, en marzo de 2009 (10 años después de dictada la sentencia penal condenatoria) la DNM canceló la residencia precaria que le había otorgado en el marco del trámite de regularización, denegó su solicitud de residencia temporaria y decretó su irregularidad migratoria con la consecuente orden de expulsión del territorio nacional, estipulando además un plazo de prohibición de reingreso a la Argentina de 15 años. Todo ello fundado en el impedimento de ingreso y permanencia previsto en el artículo 29 inciso c de la Ley de Migraciones N° 25.871.

En el marco del trámite por denegación a su solicitud de residencia y consecuente orden de expulsión, la Sra. Z.C.B.R. presentó los correspondientes recursos, llegando a la interposición del recurso judicial ante el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal N°3. El recurso fue rechazado en primera instancia, dando lugar a la revisión de la sentencia mediante recurso de apelación ante la Sala V de la Cámara Contencioso Administrativo Federal. La Cámara revocó la sentencia de primera instancia y declaró la nulidad de la disposición emitida por la autoridad migratoria, que denegaba la residencia y ordenaba su expulsión. Ante tal resolución, en 2015 la DNM interpuso el Recurso Extraordinario Federal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación. El Recurso fue declarado admisible, corriéndose traslado al Ministerio Pú-

blico de la Defensa, que a través de la Comisión del Migrante realizó una presentación en resguardo de los derechos fundamentales que le asisten a la Sra. Z.C.B.R. En esta instancia, la Comisión del Migrante requirió la colaboración de la Procuración Penitenciaria de la Nación y se presentó un *amicus curiae* (amigo del tribunal).

En la presentación de la PPN se destacaron los siguientes aspectos. En primer lugar, la reunificación familiar como derecho fundamental vulnerado, entendiendo que, desde una perspectiva amplia, el deber de protección y asistencia destinado a la familia implica la adopción de medidas (por parte de los Estados) tendientes a garantizar el ejercicio del derecho a la vida familiar, no siendo suficiente la mera abstención de actos que pudiesen resultar en la separación del grupo familiar. Estableciéndose así obligaciones positivas en cabeza del Estado en pos de garantizar el cabal goce del derecho en cuestión, ya sea promoviendo la unidad familiar o su reunificación. En segundo lugar se hizo mención al plan de vida desarrollado por la Sra. Z.C.B.R., quien en el transcurso de esos 19 años en Argentina había vivenciado diversas experiencias que la han marcado, pero que a su vez han reafirmado su voluntad de continuar desarrollándose laboral, social y familiarmente en el país. Y por último, la ausencia de un control judicial suficiente de una decisión adoptada por un órgano administrativo que conlleva una consecuencia tan gravosa como la expulsión de un país.

A la fecha de escritura de este informe, la causa continúa en trámite en la Vocalía 4 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

En una entrevista realizada en el marco de esta investigación a una persona que integra el equipo profesional de la Comisión del Migrante (Defensoría Pública de la Nación),¹⁵ ésta expresó que la Dirección Nacional de Migraciones rechaza todas las solicitudes de dispensa, incluso cuando hay hijos/as argentinos/as menores de edad. La respuesta de la autoridad migratoria —idéntica en todos los casos tramitados por la Comisión del Migrante— es

15 Entrevista realizada por Lucía Galoppo, Juana Denis Campan y María Inés Pacecca el 10 de enero de 2019.

que el delito cometido es siempre es demasiado grave para que se conceda la excepción solicitada.

Las situaciones que se relatan a continuación ilustran el accionar de la Dirección Nacional de Migraciones y la falta de aplicación de la dispensa, que según el criterio restrictivo establecido a partir de la reforma de la Ley de Migraciones mediante el DNU 70/2017 sólo puede ser solicitada en caso de delitos culposos o delitos dolosos cuya pena no exceda los tres años.

J.W., un varón boliviano nacido en 1980, vivía en Argentina desde el año 2000. Trabajaba como herrero, tenía un hijo de 12 años y contaba con residencia permanente. En 2015, un tribunal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires lo condenó a la pena de tres (3) años de prisión de ejecución condicional por coacción agravada, resistencia a la autoridad y lesiones leves. En junio de 2017, la Dirección Nacional de Migraciones canceló su residencia permanente, declaró irregular su permanencia en el país (según el Art. 62 inc. b de la Ley 25.871, modificada por el DNU 70/2017) y ordenó su expulsión del territorio nacional, con prohibición permanente de reingreso. En noviembre de 2017, la disposición de la DNM que informaba todo esto fue colocada en la puerta del domicilio que J.W. había constituido en sede administrativa años antes y en el que ya no residía. Puesto que esta disposición no fue recurrida, el 7 de noviembre de 2018 el Juzgado Contencioso Administrativo Federal ordenó la retención de J.W. El 4 de abril de 2019, mientras participaba en una marcha convocada por la Unión Obrera de la Construcción de la República Argentina (UOCRA), J.W. fue detenido junto a otros manifestantes, la DNM fue informada y se puso en marcha su expulsión. Al día siguiente de la detención, la Defensora Pública solicitó la inmediata suspensión de la medida de retención, basada en la existencia de un hijo argentino menor de edad. No obstante, el 5 de abril de 2018 J.W. fue embarcado en un avión rumbo a Bolivia, donde aún permanece.

El relato siguiente describe una situación similar, agravada por la falta de otros familiares que pudieran hacerse cargo de la niña.

M.O. una mujer peruana que vivió muchos años en Argentina, donde en

2004 nació su hija. El martes 9 de octubre de 2018, sin saber que tres días antes un Juzgado Contencioso Administrativo había autorizado su retención, M.O. concurrió a la Dirección Nacional de Migraciones a renovar su residencia precaria. Allí fue aprehendida y trasladada a la Alcaldía de la Superintendencia de Investigaciones de la Policía Federal. Dos días después, el 11 de octubre, fue embarcada en un vuelo de Aerolíneas Argentinas con destino a Lima, Perú.¹⁶

Al día siguiente de la detención de M.O., la Defensora Pública se dirigió ante el Juzgado Contencioso Administrativo Federal diciendo que la niña A.G., de 14 años de edad e hija de M.O., se había presentado ante ella

"solicitando de manera desesperada que se la asista a los fines de que pueda reencontrarse con su madre quien fue retenida en el día de ayer a los fines de proceder a su expulsión de la Argentina. La niña manifestó, asimismo, que desde el momento en que su madre fue privada de la libertad, se encuentra viviendo con una vecina dado que no tiene ningún otro familiar que pueda hacerse cargo de ella".

La Defensora solicitaba al juez que dispusiera la libertad de la madre de la niña hasta que se resolviera el recurso planteado por su defensa, destacando que

"en el presente caso, donde se está en presencia de una niña que no tiene ningún otro familiar que pueda hacerse cargo de ella más allá de su madre, el magistrado podría ordenar que la retención se lleve adelante en una modalidad que, si bien asegure que en caso de quedar firme la expulsión pueda proceder a su realización, restrinja de manera menos lesiva el derecho de la niña a no ser separada de su único familiar (cf.

16 Según surge de la resolución del juez contencioso administrativo que autoriza la retención de M.O., "con fecha 25 de septiembre de 2017, el señor Director de Extranjeros Judicializados de la Dirección Nacional de Migraciones dictó la disposición SDX N° XXX.XXX, mediante la cual declaró irregular la permanencia en el país de la extranjera en cuestión, ordenó la expulsión de ésta del territorio nacional en los términos del art. 64 de la ley 25.871 (modificada por el decreto 70/2017) y prohibió su reingreso a la República Argentina con carácter permanente conforme lo previsto por el art. 63 de la ley citada (sustituido por el art. 8 del decreto 70/2017). [...] Que la referida disposición fue debidamente notificada con fecha 22 de febrero de 2018 en el domicilio que fuera constituido por la extranjera en sede administrativa de conformidad con lo establecido en el art. 54 de la citada ley (ver lo actuado a fs. 70, a fs. 86 y a fs. 87) y en el texto de la respectiva cédula se transcribió el art. 86 de la ley 25.871 (confr. fs. 86 "in fine"), de modo tal que con el resultado de dicha diligencia cabe tener por acreditada la notificación a la migrante de la disposición SDX N° XXX.XXX y por también garantizado su derecho de defensa." Nótese que en la resolución judicial se hace referencia al art. 64 de la Ley de Migraciones, que no fue modificado por el DNU 70/2017 y que regula el extrañamiento de condenados a mitad de condena, que no era el caso de la Sra. M.O.

art. 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño)".

El mismo día, el Juez le responde a la Defensora que lo único que eventualmente puede suspenderse es "la materialización de la expulsión por parte de la Dirección Nacional de Migraciones (...) pero no la resolución judicial de retención". El Juez agrega:

"teniendo particularmente en consideración el resguardo del interés superior de la niña, tutelado por normas de jerarquía constitucional, hágase saber a la Sra. Defensora Pública Oficial que deberá arbitrar los medios necesarios con el fin de que durante la tramitación de la retención de la migrante y su eventual expulsión se asegure a la menor que representa una apropiada atención médica, sanitaria, nutrición adecuada y demás condiciones que resulten adecuadas a su edad y circunstancias fácticas".

Dos días más tarde, la Dirección Nacional de Migraciones informa al Juez que la expulsión de M.O. se efectivizó el día 11 de octubre. En relación a la dispensa oportunamente solicitada por la Comisión del Migrante (Ministerio Público de la Defensa), el funcionario migratorio expresó:

"Asimismo, cabe aclarar que respecto de la presentación realizada en sede administrativa por la Comisión del Migrante en representación de la extranjera por ser progenitora de hija argentina, fue resuelta por la Dirección de Asuntos Legales en el sentido de no corresponder la aplicación de la dispensa por reunificación familiar, en virtud del encuadre dentro del art. 29 inc. d) de la Ley N°25.871, debido al tipo de delito por el cual ha sido condenada. Posteriormente, con el mismo criterio se expresó el Director de Control de Permanencia compartiendo lo dictaminado, atento la naturaleza de la condena recaída sobre la extranjera y el delito penado; conforme el imperativo legal emanado del Decreto N° 70/17".

M.O. había sido detenida en junio de 2014, acusada de "tenencia de estupefacientes con fines de comercialización". Estuvo presa preventivamente (sin condena) más de dos años.

En consistencia con la experiencia repetida de la Comisión del Migrante y expresada en las prácticas de la DNM y las comunicaciones al juez luego de la expulsión de M.O., en una entrevista realizada conjuntamente al Director de Extranjeros Judicializados y al Coordinador de Extranjeros Detenidos de la Di-

rección Nacional de Migraciones,¹⁷ señalaron que

*“el Director Nacional de Migraciones interviene toda vez que una expulsión es apelada por la persona detenida, su defensor o la Comisión del Migrante. Frente a la posibilidad de aplicar dispensas, el Director Nacional resuelve que no aplican ante un delito grave, salvo razones particulares tales como razones humanitarias”.*¹⁸

En esta línea, el funcionario entrevistado hizo referencia al caso de un hombre al que se le había dictado una orden de expulsión pero se aplicó la dispensa porque tenía un hijo pequeño con una grave enfermedad internado en Argentina. La expulsión se efectivizó luego del fallecimiento del niño.

Estos criterios tan restringidos para solicitar la dispensa (delito culposo o con pena menor a tres años, hijos/as argentinos menores de edad) excluyen a las personas que tienen hijos argentinos mayores de edad, a las que tienen hijos menores de edad nacidos en país de origen pero residentes en Argentina, y a las personas que, independientemente de la edad, nacionalidad y lugar de residencia de sus hijos o hijas, tienen largas historias de arraigo en las que han construido múltiples lazos familiares y afectivos. A título de ejemplo, entre las 32 personas entrevistadas en las cárceles había varones con hijos argentinos mayores de edad, así como un varón y una mujer sin hijos pero con más de 20 años de residencia en Argentina: ambos habían venido en su juventud y habían vivido más tiempo en Argentina que en su país de origen.

Más allá de la urgente e indispensable ampliación de los motivos por los cuales debería ser posible dispensar la expulsión, es imprescindible recordar que la expulsión como suplemento punitivo de las personas que entran en conflicto con la ley penal siempre será injusta, en la medida en que solo se aplica a personas extranjeras. Una persona argentina que cumplió su condena penal puede retomar su vida y a sus vínculos familiares en el país. Probablemente las cosas no sean sencillas, pero no se le prohíbe vivir donde vivía antes ni se la

17 Entrevista realizada por Lucía Galoppo, Juana Denis Campan y María Inés Pacecca el 12 de marzo de 2019. La Dirección de Extranjeros Judicializados tiene competencia en los casos de extranjeros en conflicto con la ley penal. Fue creada como tal en diciembre de 2016. Anteriormente era un Departamento (es decir que tenía menor rango).¹

18 Vale señalar que en la experiencia de la Comisión del Migrante de la Defensoría General de la Nación, las dispensas no prosperan nunca, no solamente cuando el delito es grave.

fuerza a abandonar su red de relaciones sociales. El relato a continuación resume la situación de indocumentación forzosa y de “fantasma civil” que atraviesa un hombre paraguayo cuya orden de expulsión no se ha ejecutado.

B.S. nació en Paraguay en 1984 y vive en Argentina desde los 18 años. En 2007 tramitó su residencia por el criterio de nacionalidad Mercosur (Ley 25.871, art. 22 inc. I) y obtuvo su DNI de residente temporario. En el año 2009 un Tribunal Oral Criminal lo condenó a la pena de 2 años y 6 meses de prisión de ejecución condicional por el delito de “robo agravado por empleo de arma impropia, en grado de tentativa, en concurso real con resistencia a la autoridad”. Las condiciones impuestas en virtud del Art. 27 del C.P. (obligación de fijar domicilio, someterse al control del Patronato de Liberados, continuar con un tratamiento relativo al consumo problemático de sustancias prohibidas) se extinguieron en septiembre de 2011. La pena de prisión –de ejecución condicional— venció en septiembre de 2013.

En 2015, B.S., que tiene dos hijas argentinas, concurrió a la Dirección Nacional de Migraciones para solicitar la residencia permanente en los términos que establece la Ley de Migraciones (“se considerarán residentes permanentes a los inmigrantes parientes de ciudadanos argentinos, nativos o por opción, entendiéndose como tales al cónyuge, hijos y padres”, art. 22, Ley 25.871). Si bien la solicitud de residencia permanente fue rechazada debido al antecedente penal (aunque se trataba de una pena menor a 3 años, en suspenso) le emitieron una residencia precaria que renovó periódicamente en tiempo y forma. Con esta residencia precaria, en 2018 su empleador gestionó su alta como trabajador registrado ante la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP). En octubre de 2018, B.S. fue notificado de una resolución de expulsión de la Dirección Nacional de Migraciones, que fue rápidamente contestada por la Defensoría General de la Nación.

Aunque para junio de 2019 la expulsión no se había ejecutado, lo cierto es que casi diez años después de haber recibido una condena en suspenso por un delito menor en grado de tentativa, B.S. no había podido obtener nuevamente su DNI ni asegurarle a su esposa y a sus hijas de 5 y 11 años que permanecería junto a ellas en la misma ciudad de Argentina en la que residen hace más de una década. La condena penal fue en suspenso, pero la condena administrativa ha sido implacable.

En noviembre de 2006, L.M.M.S. de nacionalidad dominicana, fue condenada a cuatro años y medio de prisión por tráfico de estupefacientes. En 2007, durante su detención, la Dirección Nacional de Migraciones declaró su irregularidad migratoria y ordenó su expulsión, que L.M.M.S. apeló, expresando su voluntad de permanecer en el país. Luego de cumplida la condena fue liberada, estudió peluquería, se casó y tuvo 3 hijos. En 2010, la Comisión del Migrante (de la Defensoría General de la Nación) interpuso un recurso contra la orden de expulsión dictada. En abril de 2016, la Dirección Nacional de Migraciones rechazó el recurso interpuesto, lo que dio lugar a nuevos recursos administrativos y judiciales. Puesto que todos ellos fueron desestimados, en mayo de 2018, la Comisión del Migrante presentó un recurso extraordinario federal. En 2019, la Procuración Penitenciaria de la Nación se presentó como *amicus curiae*, cuestionando la falta de control judicial efectivo, la vulneración del derecho a la reunificación familiar y del interés superior del niño. También destacó que la expulsión de L.M.M.S. podría implicar que sus hijos argentinos se vean obligados a abandonar el país para acompañar a su madre en su expulsión. En agosto de 2019, la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal declaró inadmisibile el recurso extraordinario federal, dando lugar al recurso directo de queja, aún pendiente de resolución.¹⁹

La expulsión de Vanessa Gómez Cueva, que tomó estado público y llegó hasta la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, es sin dudas el caso más extremo: Vanessa fue retenida mediante engaños y expulsada a Perú con su hijo argentino de dos años de edad.

Vanessa²⁰ nació en Perú en 1986. Desde los 17 años reside en Argentina, junto a toda su familia. En 2011 fue detenida y en 2013, luego de más de dos años de prisión preventiva, fue condenada a cuatro años de prisión por comercio de estupefacientes. Vanessa cumplió su condena y, tras recuperar su liber-

19 Para más detalles, ver la sección "Personas extranjeras privadas de libertad", en el Informe Anual 2019 – La situación de los Derechos Humanos en las cárceles federales de Argentina, disponible en <https://www.ppn.gov.ar/documentos/publicaciones/informes-anales>

20 Este resumen se basa en el informe sombra que dieciséis organizaciones de la sociedad civil presentaron en agosto de 2019 a las/os expertas/os del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares durante el 31° período de sesiones de dicho Comité, con motivo del segundo informe periódico de la Argentina.

tad en 2015, cursó y finalizó satisfactoriamente una Tecnicatura Superior en Enfermería, además de diversos cursos de especialización en el área. Madre soltera, Vanessa rearmó su vida alrededor de la crianza de sus hijos nacidos en Argentina y, a partir del conocimiento adquirido, se dedicó al cuidado de pacientes adultos mayores.

En el año 2015, tras acercarse a una delegación migratoria para renovar su documentación, la DNM le inició de oficio un procedimiento y dispuso su expulsión por antecedentes penales. Ante la decisión de expulsión, Vanessa presentó un recurso administrativo con la asistencia jurídica de la Comisión del Migrante de la Defensoría General de la Nación solicitando la dispensa de la expulsión dada su calidad de madre de tres hijos argentinos y su probado arraigo fruto de su permanencia ininterrumpida durante quince años en el territorio nacional. En septiembre de 2016 ese recurso fue rechazado. Transcurrido más de un año sin ningún tipo de novedad respecto de su situación migratoria, Vanessa renunció al patrocinio de la Comisión del Migrante con la intención de continuar la tramitación de su expediente con un letrado particular. Aunque no constituyó un nuevo domicilio procesal ni designó un nuevo letrado, el proceso continuó sin que ella ni sus hijos contaran con defensa oficial ni particular. La DNM notificó el rechazo del recurso interpuesto contra la orden de expulsión al primer domicilio registrado por Vanessa al ingresar al país en el año 2003, donde ya no residía hacía varios años. En octubre de 2018 la DNM consideró a Vanessa debidamente notificada y solicitó a la justicia la retención a los fines de expulsión. El 1 de febrero de 2019, agentes de Gendarmería Nacional se presentaron en el domicilio de Vanessa Gómez Cueva (esta vez concurrieron al domicilio actualizado, y no al declarado en 2003) y le informaron que debía acompañarlos a "firmar una notificación". Los agentes le dijeron que se trataba de un trámite sencillo y rápido, razón por la cual Vanessa llevó consigo a su hijo más pequeño (de 2 años) y dejó a los otros dos, de 6 y 14 años, en su casa. Engañada, llegó al lugar donde supuestamente debía firmar unos papeles y fue alojada junto a su bebé en una celda sin luz ni agua por algunas horas. De allí fueron trasladados directamente al Aeropuerto Internacional de Ezeiza, donde continuaron retenidos por autoridades de migraciones y alojados en condiciones similares a las anteriores.

El 4 de febrero de 2019, Vanessa fue subida a un avión junto a su hijo menor y expulsada hacia Perú, sin haber podido despedirse de sus otros dos hijos argentinos, quienes quedaron al cuidado de familiares.

En los tres días que transcurrieron entre su retención y su expulsión, Vanessa tomó contacto con un abogado particular que en unos pocos días interpuso numerosos recursos (llegando incluso hasta la Corte Suprema de Justicia de la Nación), todos los cuales fueron rechazados. La dispensa a la expulsión fue denegada por la Dirección Nacional de Migraciones “en razón del monto de la condena impuesta, así como la naturaleza del delito por el que resultara condenado” (sic el uso del masculino).

El caso tomó estado público rápidamente, y en mayo de 2019 un conjunto de organizaciones de Derechos Humanos (Amnistía Internacional, el Centro de Estudios Legales y Sociales, la Comisión Argentina para Refugiados y Migrantes y el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional) junto con el abogado de Vanessa Gómez Cueva solicitaron una medida cautelar a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, pidiendo que ordene al Estado argentino levantar la prohibición de reingreso para permitir el retorno de Vanessa al país. La solicitud se basó en el grave perjuicio a los hijos de Vanessa que fueron separados de su madre y en el daño que esta separación representa también para la propia Vanessa y su bebé. En este proceso, la Procuración Penitenciaria de la Nación se presentó como *amicus curiae*, apoyando los argumentos desarrollados por las organizaciones. Pese al evidente daño a los derechos de todos los integrantes de la familia, la CIDH no dio lugar a la medida pero habilitó un procedimiento especial de informes para conocer en profundidad la situación y emitir su opinión.

Además, la expulsión de Vanessa Gómez Cueva fue informada al Comité de las Naciones Unidas para la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares en el informe sombra presentado por la Sociedad Civil durante el 31° período de sesiones, en el cual Argentina presentó su segundo informe periódico. La PPN también expresó su preocupación por este caso en el informe alternativo presentado ante el Comité mencionado. El 3 de septiembre de 2019, la Dirección Nacional de Migraciones, presente en dicha

sesión en representación del Estado, sorpresivamente concedió la dispensa a la prohibición de reingreso al país de Vanessa Gómez Cueva “*por razones excepcionales de índole humanitaria*”.

En síntesis

En conjunto, las dos secciones de este capítulo (“Trayectorias migratorias y detención” y “La condena penal y la condena administrativa”) muestran las especificidades que afectan de manera diferencial a las personas extranjeras detenidas y condenadas en comparación con las personas argentinas en la misma situación. Estos suplementos punitivos operan primero en el contexto de la detención, ya se trate de personas procesadas o condenadas. Y luego, en el caso de las personas condenadas, siguen produciendo efectos diferenciales incluso luego de cumplida la pena privativa de libertad.

La condición de extranjería endurece la detención por cuestiones idiomáticas (para quienes no hablan español), de comunicación y de contacto familiar para aquellas personas cuyos seres queridos residen en otro país. Para quienes son migrantes, dominan el español y vivían en Argentina antes de la detención, la condición migratoria se convierte en una marca indeleble y en una pena que no prescribe nunca. No importa cuántos años hayan vivido en Argentina; no importa que tengan hijos, hijas o cónyuges; no importa cuál haya sido el delito; ni siquiera importa que hayan cumplido la condena. Su derecho a permanecer ha sido conculcado, y el daño colateral que su expulsión pueda ocasionar en familias puede llegar a ser irreparable.

Urge entonces revisar los procedimientos de expulsión para asegurar que efectivamente tomen en cuenta el interés superior de niños y niñas, pero sobre todo para que el arraigo (haya o no dado lugar a una familia) y la cotidianidad sean fuente indiscutible del derecho a retomar la vida en el lugar de residencia, en igualdad de condiciones con las y los nacionales que cumplieron una condena penal.

ANEXO – Pauta de entrevista utilizada

Lugar de realización de la entrevista:
Fecha:
Entrevistador/a:

I. Información general de la persona entrevistada

1. Nombre de pila:
2. Edad y fecha de nacimiento:
3. Género:
4. Estado civil (legal, dador de criterio migratorio):
5. Nacionalidad:
6. ¿Desde qué año vive en Argentina?
7. Si vino a vivir a Argentina antes de los 18 años, ¿vino con algún integrante de su familia? ¿O parte de su familia ya vivía en Argentina?
8. ¿Cuál era su lugar de residencia en Argentina (provincia y ciudad) antes de la detención?

II. Grupo familiar

9. ¿Cómo estaba conformado su grupo **conviviente** antes de la detención? (Hijos/as y pareja, incluyendo edades y nacionalidades)
10. ¿Cómo se compone su grupo familiar en la actualidad? (Hijos/as y pareja, incluyendo edades y nacionalidades)
11. De su grupo familiar (hijos/as y pareja) ¿quiénes viven en Argentina? Si algunos integrantes del grupo familiar son extranjeros ¿cuál es su situación migratoria actual?
12. ¿Los hijos se encuentran reconocidos jurídicamente por ambos padres?
13. ¿Tuvo hijos/as durante esta detención? ¿En qué año nacieron y dónde residen en la actualidad?
14. En la actualidad ¿al cuidado de quién se encuentran sus hijos/as menores de edad? La persona a cuyo cuidado se encuentran ¿tiene la tutela de los niños/as o algún respaldo legal que le habilite como responsable?

15. ¿Dónde viven sus hijos/as en la actualidad? ¿Es el mismo lugar en el que residían antes de su detención? En caso de que no sea el mismo lugar ¿conoce el motivo por el cual cambiaron de domicilio?
16. ¿Recibe visitas dentro del penal? ¿De quiénes? ¿Sus los hijos/as menores de edad lo visitan? ¿Con qué frecuencia? Si no la/lo visitan, ¿por qué no?
17. Durante esta detención ¿ha sido trasladada/a alguna vez? En caso de que la respuesta sea afirmativa, ¿el traslado modificó sus lazos familiares?
18. Antes de su detención ¿recibía alguna pensión o plan social? ¿Cuál? ¿Qué sucedió con el cobro del mismo posteriormente a su detención?

III. Situación migratoria y procesal

19. ¿Tenía documentación argentina antes de la detención? Si la respuesta es afirmativa detallar qué documentación era (DNI permanente o temporario, precaria).
20. ¿Desde qué año tenía esa documentación? Si tenía precaria o temporaria preguntar cuándo vencía y qué pasó, y si pudo obtener una permanente o no.
21. Si no tenía documentación Argentina, indagar por qué.
22. ¿Cuánto tiempo lleva detenida? ¿Es la primera vez que está detenida? ¿Es su primera causa?
23. ¿Cuál es su situación procesal?
24. ¿Tiene defensa pública o privada? ¿Cómo se contacta con su defensor/a?
25. ¿Tiene contacto con el Consulado de su país de origen?
26. ¿Está estudiando o trabajando dentro de la cárcel? ¿Cobra peculio? ¿Saca dinero para su familia?
27. ¿Encontró obstáculos o dificultades para acceder a educación (problemas para obtención de certificados de estudios en su país de origen, problemas de convalidaciones)? ¿Debió cursar nuevamente niveles educativos ya alcanzados?
28. Cuando salga el libertad ¿tiene previsto/quiere quedarse en Argentina?
29. ¿Considera que necesita información sobre el trámite de expulsión?

La actuación de la Defensa Pública frente a las órdenes de expulsión antes y después del DNU 70/2017. De las vallas a la muralla *

En esta presentación quisiera repasar brevemente las modalidades y estrategias de actuación de la Defensa Pública en lo que respecta a personas migrantes, analizando en particular en algunos de los obstáculos que hemos encontrado a la hora de discutir los procedimientos de expulsión de personas condenadas o con procesos penales en trámite.

La Comisión del Migrante de la Defensoría General de la Nación fue creada en 2008 ¹ con un objetivo amplio pero específico: proveer asistencia jurídica especializada y gratuita a personas migrantes que no cuentan con los medios económicos para asegurar su defensa o patrocinio en procedimientos adminis-

.....
* Este capítulo fue escrito por Hernán De Llano, co-titular de la Comisión del Migrante del Ministerio Público de la Defensa. Recoge la presentación realizada en la jornada "Familias migrantes y detención. Una mirada preliminar sobre el impacto del proceso penal", organizada por CAREF y la Procuración Penitenciaria de la Nación en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires el 3 de abril de 2019.

¹ Resolución DGN 1858/08. En ese año se conformó la Comisión del Migrante con un abordaje específico de la materia migratoria. El año anterior, mediante Resolución DGN 2049/2007 se creó la entonces denominada "Comisión para la Asistencia Integral y Protección al Migrante, Refugiado y Peticionante de Refugio" que asumió la temática migratoria y de protección de solicitantes de refugio de manera conjunta.

trativos y judiciales que pueden resultar en la denegación de su entrada al país, el retorno a su país de origen o en la expulsión del territorio argentino. Llevar adelante este objetivo implica, concretamente:

- garantizar el derecho a la representación legal oportuna, pública, gratuita, especializada y de calidad en los procedimientos de expulsión de las personas migrantes;
- velar por el respeto de todas las garantías del debido proceso en los procedimientos administrativos y judiciales, en atención a la proporcionalidad de la medida cuando pueda afectar a los derechos a la vida privada o familiar o el derecho a la protección especial de niños, niñas y adolescentes;
- lograr que las personas migrantes que optan por ser expulsadas a sus países de origen en los términos del artículo 64 de la ley 25.871 (extrañamiento), lo sean dentro de un plazo razonable.

En 2011 (luego que se reglamentara la Ley de Migraciones N° 25.871 mediante el Decreto 616/2010), la Dirección Nacional de Migraciones convocó a la Defensoría General de la Nación para asegurar la asistencia jurídica gratuita de las personas migrantes en los procesos de expulsión, teniendo en cuenta que la cantidad de casos se incrementaba. A partir de ese entonces, comenzamos a trabajar no sólo en sede administrativa sino también en sede judicial.

Desde los inicios, las tareas de la Comisión del Migrante se configuraron como una auténtica carrera de obstáculos, sobre todo en la intervención en sede judicial. Uno de los primeros desafíos a resolver fue la doble instancia, de acuerdo a un criterio jurisprudencial del Fuero Contencioso Administrativo Federal en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, según el cual el recurso directo del artículo 84 de la Ley de Migraciones ² sólo tramitaba ante los jueces de primera instancia. En función de este criterio, la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal no actuaba como órgano revisor de las decisiones de los jueces de primera instancia. Este criterio fue cuestionado por la defensa pública ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación y, en el caso “Oje-

2 El art. 84 de la Ley de Migraciones establece que “agotada la vía administrativa a través de los Recursos de Reconsideración, Jerárquico o Alzada, queda expedita la vía recursiva judicial. El plazo para la interposición del respectivo recurso, será de treinta (30) días hábiles a contar desde la notificación fehaciente al interesado”.

da Hernández”, ³ el máximo tribunal reconoció que debía garantizarse la doble instancia en los procesos de expulsión de extranjeros, habilitando la revisión de los fallos de primera instancia por parte de la Cámara del Fuero Contencioso.

El segundo obstáculo consistió en la interpretación del hoy modificado ⁴ artículo 29, inciso “c” de la Ley de Migraciones, que establece las causales de expulsión vinculadas a la comisión de delitos. El primer caso donde la Corte Suprema hizo lugar al recurso interpuesto por la defensa pública fue “Apaza León, Pedro Roberto”, en 2018. En esa oportunidad, la discusión versaba sobre el alcance de la norma, en particular si habilitaba la expulsión por cualquier tipo de condena o si esa condena debía ser por un delito cuya pena privativa de libertad fuera de tres o más años, conforme al último párrafo del artículo en cuestión. La Corte consideró que el criterio interpretativo a seguir era que la condena requerida por el art. 29 inciso “c” para habilitar la expulsión debía ser por delitos con penas de tres o más años, desestimando el criterio de la Dirección Nacional de Migraciones, que argumentaba que se podía expulsar a cualquier persona condenada por un delito, sin importar el monto de la pena.

El tercer obstáculo se vinculó con un criterio de todas las Salas de la Cámara del Fuero Contencioso Administrativo Federal, relativo a la habilitación de instancia. Conforme a ese criterio, en los casos en que la persona migrante era notificada de la existencia de una orden de expulsión en su contra y no recurría (por desconocimiento de que contaba con ese derecho, porque no lograba acceder a una defensa técnica, etc.) o lo hacía fuera de término (porque no era notificada de manera fehaciente o no se enteraba de la notificación), el fuero contencioso tomaba el recurso interpuesto por la defensa, ya vencido el plazo, como una denuncia de ilegitimidad. De acuerdo a la Ley de Procedimiento Administrativo (N° 19.549), cuando se tramita una denuncia de ilegitimidad no corresponde revisión judicial, ya que se considera que quien no recurre en tiempo y forma manifiesta un claro desinterés en el proceso. Estos casos llegaron también a la Corte Suprema y, en noviembre de 2018, en el caso “Peralta Valiente” la Corte Suprema rechazó por mayoría el recurso acudiendo a la fórmula del art.

3 CSJN, “Ojeda Hernández, Luis Alberto s/ Causa N° 2739/12”.

4 Me refiero a las modificaciones introducidas en 2017 al texto original de la Ley de Migraciones mediante el Decreto de Necesidad y Urgencia 70/2017.

280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación sin analizar la cuestión de fondo.⁵

Estos obstáculos o vallas que hubo que enfrentar día a día en la defensa de personas migrantes sujetas a procesos de expulsión se convirtieron en un sólido muro con el dictado del Decreto de Necesidad y Urgencia 70/2017, que claramente consagró una regresión en materia de reconocimiento de derechos. La cuestión relativa a los plazos para recurrir la orden de expulsión es sin dudas uno de los principales aspectos que conspira contra el debido ejercicio del derecho de defensa por parte de las personas migrantes.

El DNU redujo el plazo en la vía administrativa de 10 o 15 días (según el recurso) a 3 días, además de eliminar uno de los dos recursos administrativos que regulaba la ley 25.871. En la demanda judicial, el plazo de 30 días hábiles se redujo a 3 días hábiles. Es decir que antes que transcurran tres días hábiles, el migrante notificado de la orden de expulsión debe comunicarse con la Defensa Pública (o con el defensor que elija) para poder presentar un recurso antes de que venza el plazo. Incluso suponiendo que se contacte con un defensor dentro de los tres días, la preparación de la prueba y la presentación de un recurso técnicamente fundado en un plazo tan breve es una tarea verdaderamente ardua. Por otra parte, cuando por infinitos motivos no es posible contactar a la persona migrante dentro de los tres días, debe evaluarse si no conviene de todos modos interponer un recurso que, aunque esté basado en escasa información, permita mantener la vía recursiva abierta. En efecto, en no pocos casos el contacto con la persona migrante se originó varios años antes, en la instancia de revisión administrativa y, cuando se notifica el rechazo de la esa vía, no se logra contactarlo para la interposición del recurso judicial. En otras ocasiones, la propia DNM ha dado intervención a la Comisión del Migrante para fundar la voluntad recursiva plasmada en la notificación de la expulsión.

La Defensa también ha tenido dificultades con relación a la actuación por poder delegado, en los casos en que la persona migrante había otorgado poder a la Comisión del Migrante para actuar en sede administrativa. Cuando la vía administrativa resultaba rechazada, la Comisión interponía la demanda judi-

5 Vale señalar que en el citado precedente "Peralta Valiente" hubo un voto en minoría, que con argumentos muy interesantes desde la perspectiva del acceso a la justicia propiciaba hacer lugar al planteo de la Defensa Pública.

cial (a menudo en casos en los que no había sido posible contactar a tiempo a la persona) con el poder oportunamente otorgado. Allí surgía un nuevo obstáculo: el fuero donde litigamos comenzó a cuestionar la validez de los poderes, argumentando que no podíamos actuar si no había una voluntad expresa de la persona migrante que legitimara su representación en sede judicial por parte de la Defensa Pública.

A partir de estos fallos, la Comisión del Migrante comenzó a solicitar la suspensión del proceso administrativo en los casos en que no se podía tomar contacto con el o la migrante. Ante estas solicitudes, la Dirección Nacional de Migraciones, impulsora de la causa, guardaba silencio. Pero poco tiempo después surgían las notificaciones en las que la autoridad migratoria consideraba que la expulsión se encontraba firme porque la Defensa Pública no había ejercido el derecho al recurso. Es decir que quedábamos en una situación paradójica: la Justicia no nos legitimaba (porque sostenía que no podíamos representar a las personas si no contábamos con poder expreso para litigar en sede judicial), pero sí lo hacía la Dirección Nacional de Migraciones, aunque sin hacer lugar al pedido de suspensión. Cabe señalar una excepción: la Sala V de la Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal (que declaró inconstitucional del Decreto 70/2017), que consideró que si la suspensión se pidió porque no es posible hallar a la persona, debe hacerse lugar a la solicitud: no es posible llevar adelante un proceso de expulsión si no se encuentra a la persona y ésta no puede ejercer su derecho de defensa.

Otra cuestión esencial refiere a las retenciones, término que es sin lugar a dudas un eufemismo de una detención. De hecho, *detención* es la palabra que figura en la Ley Videla:⁶ el cambio de una letra no es más que un barniz de *ag-gionamiento*. Si bien la Ley de Migraciones N° 25.871 establece que las personas retenidas no deben ser alojadas en establecimientos penitenciarios, la realidad es que las visitas que la Comisión del Migrante ha hecho a los sitios donde están "retenidas" las personas en proceso de expulsión (o con una expulsión firme) evidencian que se trata de lugares que distan de cumplir con los estándares en materia de Derechos Humanos exigibles para ese tipo de alojamientos. A partir

6 "Ley Videla" es el nombre con el que se conoce a la Ley General de Migraciones y Fomento de la Inmigración (N° 22.439) sancionada en 1981 en reemplazo de la Ley Avellaneda (Ley 817/1876). La Ley Videla fue derogada a inicios de 2004, cuando se promulgó la Ley de Migraciones N° 25.871.

de la actuación de la Procuración Penitenciaria de la Nación tomamos conocimiento de lo que ocurría en el sótano del aeropuerto internacional de Ezeiza, donde no había ventanas, y la única posibilidad que tenían las personas “retenidas” de acceder a la luz natural era cuando las paseaban esposadas por las zonas públicas del aeropuerto, a la vista de quienes circulan por allí.

En la actualidad, la mayoría de las “retenciones” que se hacen en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires son en dependencias de la Superintendencia de Investigaciones Federales. En este establecimiento policial, muy próximo al Riachuelo, las personas “retenidas” se encuentran en celdas ubicadas también en un sótano, donde el frío del invierno verdaderamente cala los huesos. No comparten las celdas, pero comparten el espacio con policías presos que no pueden estar en otros lugares y son alojados allí por orden judicial. Más allá de que se creó un modesto lugar de esparcimiento, en un primer piso o una planta baja, la realidad es que las personas permanecen en celdas cuyas condiciones son peores que las de la mayoría de los establecimientos penitenciarios de la jurisdicción federal.

Otro aspecto preocupante es que desde la Comisión del Migrante hemos comenzado a advertir cierta falta de control de la legalidad de la retención, no en términos de si fue dispuesta por un juez o no, sino en cuanto al control de legalidad que deben llevar a cabo los jueces que la ordenan. En virtud de lo que establece la Ley de Migraciones, los jueces que disponen la retención pertenecen al Fuero Contencioso Administrativo Federal. Por su competencia, no están habituados a la clase de situaciones que se plantean con relación a la privación de libertad. Tal vez sea por ello que cuando reciben planteos vinculados a la retención su respuesta suele ser que, puesto que se trata de un problema migratorio, es la Dirección Nacional de Migraciones quien debe controlar cómo se ejecuta esa retención. Esta postura desconoce que aunque se llame retención (y no detención), no deja de ser una privación de la libertad y por lo tanto corresponde que un juez controle su legalidad. Esto es especialmente preocupante porque muchas veces se ordenan retenciones en procedimientos que no están firmes. Cuando desde la Defensa Pública se señala que la expulsión no está firme, se advierte que el juez que ordenó la retención no solo no intervino en el fondo, sino que tampoco pidió el caso: simplemente se encargó de dictar la retención sin analizar si era solicitada en el marco de una expulsión firme —tal como establece el DNU 70/2017, salvo que se trate de una retención preventiva—.

También hemos encontrado modificaciones en lo que refiere a “retención” de mujeres. Hasta 2018 no habíamos constatado casos de mujeres retenidas en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, pero hacia fines de ese año la situación cambió. La Comisión del Migrante intervino en un caso donde se había ordenado la retención de una madre cuya hija, menor de edad, se encontraba en la escuela en el momento en que ocurrió la detención y fue preciso coordinar con vecinos para que retiraran a la niña del colegio. La madre fue expulsada sin poder contactarse con su hija. Ante lo ocurrido, intervino la Defensoría de niños, niñas y adolescentes, y la Comisión del Migrante presentó un *habeas corpus* en representación de la mujer. La realidad es que todos los planteos fueron infructuosos, y a la fecha de hoy madre e hija se encuentran en países distintos. Además, también a fines de 2018, fue retenida y expulsada Vanessa Gómez Cueva. Si bien la Comisión no intervino, se trata de un caso que ha tomado estado público y convocado a numerosas organizaciones de la sociedad civil en reclamo de su situación.

El último aspecto que quisiera señalar refiere a los estándares vinculados a la preservación de la unidad familiar en los cruces entre condena penal y migración. Lamentablemente, la Ley de Migraciones carece de criterios claros y objetivos en lo que respecta a dispensas por unidad familiar y por arraigo o duración de la estadía de la persona migrante en Argentina. Si bien la ley 25.871 en su versión previa al DNU 70/17 estableció criterios objetivos en cuanto a la penalidad (delito doloso con pena mayor a cinco años o conducta reiterante para los residentes; condena igual o mayor a tres años para los no residentes, tal como estableció la Corte Suprema en “Apaza, León”), la dispensa por razones humanitarias o por unidad familiar quedó librada a la discrecionalidad de la administración. Esto resulta llamativo, porque incluso la Ley Videla, promulgada durante la última dictadura cívico-militar, estableció los criterios a seguir si la persona había vivido en el país más de diez años o si había una familia de por medio: en su art. 96 establecía que el Ministerio del Interior podía dispensar de la medida de expulsión (que se aplicaba a personas condenadas por delito doloso con pena privativa de libertad mayor de cinco años) cuando hubiere “hijos o padres argentinos, o cónyuge argentino, siempre que el matrimonio fuera anterior al delito por el cual resultare condenado” (inc. a); o si la persona tuviere “una residencia inmediata anterior en el país superior a los diez años” (inc. b).

Otros países también han establecido criterios objetivos. La ley uruguaya

de migración ⁷ establece que no se puede ordenar la expulsión de una persona extranjera que tenga cónyuge, hijo o hija uruguayos (en este caso no se trata de una dispensa sino de un criterio que impide la expulsión). Brasil tiene criterios similares ya que, si bien habilita la expulsión de persona extranjera que en el territorio nacional cometiere delito de carácter doloso y fuera condenado con pena penitenciaria o registrase una conducta reiterante en la comisión de delitos, ⁸ prevé que la cancelación de la residencia y consecuente expulsión no se efectivizará en los casos en que la persona extranjera fuera madre, padre, cónyuge o concubino del nacional. ⁹ Incluso España, cuyo piso de penalidad para ordenar la expulsión es bajo (alcanza con una condena de un año para delito doloso), establece que no podrá ser impuesta a residentes de larga duración. Para definir la “larga duración” se debe ponderar el tiempo de residencia, los vínculos creados, la edad de la persona, las consecuencias para el migrante y para la familia y la existencia de vínculos con el país al cual será expulsado. Los parámetros objetivos mencionados son concordantes con los criterios fijados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Lamentablemente, la legislación argentina no cuenta con parámetros conforme a estos criterios, y a partir del DNU 70/2017 es posible expulsar a personas extranjeras por cualquier delito, ya sea doloso o culposo. Con esta modificación, me atrevo a afirmar que la norma argentina debe ser una de las pocas que incluye a los delitos culposos entre los motivos de expulsión, y que además no establece excepciones —ni por tipo ni por monto de la condena— dentro de los delitos dolosos.

Luego, una vez ordenada la expulsión, para la dispensa se pueden tomar en cuenta razones humanitarias o de unidad familiar, pero únicamente cuando se trate de delitos cuya pena máxima no supere los tres años. Vale señalar que según nuestro Código Penal son pocos los delitos con penas menores a tres años. Es decir que con las modificaciones que el DNU 70/2017 introdujo en la Ley de Migraciones, prácticamente cualquier persona extranjera que comete un delito puede ser expulsada.

7 Art. 48 de la ley 18.250. “La cancelación de la residencia permanente o temporaria no se efectivizará en los casos en que la persona extranjera fuera madre, padre, cónyuge o concubino del nacional”.

8 Art. 47, inc. B) de la Ley N° 6.815 (Estatuto del Extranjero).

9 Art. 48 Ley N° 6.815.

La ausencia de criterios objetivos en lo que respecta al monto de la pena en la actual versión de la norma migratoria (conforme DNU 70/17) y las severas limitaciones objetivas allí incluidas para habilitar una eventual dispensa por razones humanitarias o por unidad familiar, deja la decisión en manos de la Dirección Nacional de Migraciones que —hasta dónde sabemos— pareciera tener poco interés en efectuar un test de razonabilidad que resulte en dispensas efectivas. Así es que, cuando ocurre la infrecuente situación en que algún tribunal (por ejemplo, en algunos fallos de la Sala V del Fuero Contencioso Administrativo Federal) le ordena a Migraciones ponderar el derecho del Estado de expulsar a una persona que cometió un delito con relación a los otros derechos involucrados —particularmente el derecho a la unidad familiar— la evaluación de la autoridad migratoria se restringe al delito y a su presunta gravedad. Y luego del DNU 70/2017, pareciera que todos los delitos son lo suficientemente graves como para dar lugar a una orden de expulsión.

En definitiva, nos encontramos ante una situación compleja. La Corte Suprema tiene varios casos para resolver, y uno de ellos (“Barrios Rojas”) refiere al arraigo. La Sala V de la Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal falló en favor de la permanencia en el país de la persona migrante y el caso llegó a la Corte por recurso de la Dirección Nacional de Migraciones. Espero que la Corte Suprema establezca criterios claros en torno a la unidad familiar y al arraigo, porque la práctica actual, que elude la ponderación y el test de razonabilidad entre los distintos derechos involucrados, genera enormes injusticias y dolor en cientos de familias arraigadas en el país.

Personas migrantes y detención por motivos penales

Estándares interamericanos en materia de expulsiones *

Introducción

Es un honor estar esta tarde compartiendo esta jornada sobre “Familias migrantes y detención” con todas y todos ustedes. Quiero agradecer especialmente a CAREF y a su Directora Ejecutiva, Gabriela Liguori, así como a la Procuración Penitenciaria de la Nación, por la invitación para participar en este evento, en el marco de la presentación de los resultados preliminares de una investigación sobre el impacto de la detención y el proceso penal en las personas migrantes.

Me han solicitado que compartiera con ustedes los estándares, los criterios jurídicos, que surgen del sistema interamericano de derechos humanos relativos a la materia que hoy nos convoca. Los estándares o criterios jurídicos que se expondrán fueron desarrollados tanto por la Corte como por la Comisión

* Este capítulo fue escrito por Romina I. Sijniensky, abogada senior de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Las opiniones vertidas en este artículo son de responsabilidad exclusiva de la autora. Este texto se basa en la exposición efectuada el 3 de abril de 2019 en el marco de la Jornada “Familias migrantes y detención. Una mirada preliminar sobre el impacto del proceso penal”, organizada por CAREF y la Procuración Penitenciaria de la Nación en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires el 3 de abril de 2019.

Interamericana en el ejercicio de sus funciones respectivas. Su principal objetivo es guiar a los Estados en su actuación en lo relativo a la protección de los derechos de las personas migrantes, solicitantes de asilo y refugiadas. En este panel nos vamos a referir más particularmente a aquellos que conciernen a las personas migrantes y a las medidas de expulsión.

Los estándares de la Corte Interamericana surgen tanto de la función consultiva como de la contenciosa.¹ Ésta última se refiere a decisiones en casos individuales, como por ejemplo el pionero caso Vélez Loo; así como también a los casos de la Familia Pacheco Tineo, Nadege Dorzema, o el de personas dominicanas y haitianas expulsadas. En materia consultiva, en la que la labor del tribunal interamericano consiste en interpretar las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante “CADH”) o de otros tratados que conciernen a la protección de los derechos humanos en el continente, se encuentran exponentes como son la Opinión Consultiva OC-16/99 sobre asistencia consular y la OC-18/03 sobre condición jurídica y derecho de los migrantes indocumentados, ambas ya de larga data. También son cardinales en esta área, la OC-21/14 sobre los derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional, que fue solicitada por los cuatro países fundadores del MERCOSUR, y la reciente OC-25/18 sobre la institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano.

Por su parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que es el otro órgano que compone el sistema interamericano, ha desarrollado estándares en el marco de sus funciones de monitoreo de situaciones que conciernen a personas en el contexto de la movilidad humana, incluyendo la realización de visitas a países, estudios temáticos, peticiones sobre casos individuales y medidas cautelares. A este respecto, es importante destacar el estudio sobre movilidad humana emitido a fines de 2015 por la Comisión Interamericana,² el cual contiene una valiosa sistematización de los estándares interamericanos

1 Para mayor información se puede consultar el Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 2: Personas en Situación de Migración o Refugio, elaborado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos con la colaboración de la Cooperación Alemana (GIZ) en 2017; así como las Fichas técnicas sobre el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y la protección de las personas del interés del ACNUR, elaboradas por ACNUR y CEJIL en 2017. Están disponibles en: <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/migrantes4.pdf> y <https://www.acnur.org/fichas-tecnicas-sidh.html>

2 Dicho informe puede ser consultado en el siguiente enlace: <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/MovilidadHumana.pdf>

consolidados en la materia.

Por lo tanto, hoy en día contamos en nuestro continente, en las Américas, con un robusto conjunto de reglas y principios relativos a la protección de las personas en el ámbito de la movilidad humana.

Ahora bien, ¿cuál es el común denominador de los casos que han pasado por el sistema interamericano y que han llegado hasta el tribunal interamericano? Es posible advertir que el elemento que agrupa a estos casos consiste en que las expulsiones se concretaron de forma sumaria. En otras palabras, la determinación de la procedencia de la expulsión se efectuó sin otorgar oportunidad de audiencia a las personas implicadas y sin notificarles del inicio de un procedimiento o de la decisión adoptada, ni brindarles la posibilidad de interponer un recurso o acceder a la justicia.

En dichos casos, la Corte Interamericana ha subrayado que, para proceder a una expulsión y que ésta pueda reputarse conforme al derecho interamericano, debe asegurarse la realización de un procedimiento formal con ciertas garantías.³ Esto nos ilustra sobre dos premisas básicas e interrelacionadas, a partir de las cuales se asienta esta exposición.

Por un lado, recordar que tanto la Corte como la Comisión Interamericana han reconocido de forma reiterada que los Estados conservan el derecho a controlar sus fronteras y fijar sus políticas migratorias.⁴ Esto se manifiesta en la facultad de: (i) establecer mecanismos de control del ingreso a su territorio y la salida de él con respecto a personas que no sean nacionales suyas; y (ii) definir los requisitos de ingreso y estancia de los extranjeros de su territorio, así como determinar la procedencia de una expulsión.

Sin embargo, esta potestad estatal de regular la política migratoria no puede ser concebida de forma ilimitada. El derecho internacional de los dere-

3 Corte IDH. Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana. Fondo, Reparaciones, y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C No. 25, párrs. 134 y 151; y Corte IDH. Caso de Personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C No. 282, párrs. 368 y 382.

4 CIDH, Informe sobre Movilidad Humana, Derechos humanos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazados internos: Normas y estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, 2015, párr. 6; Corte IDH. Caso Vélez Loo Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 218, párr. 97; y Corte IDH. Caso de Personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana, supra, párr. 350.

chos humanos impone ciertos condicionamientos y límites al actuar del Estado. Estos condicionamientos y límites surgen tanto de la propia letra de la CADH, es decir del tratado que redactaron y acordaron los propios Estados, como de las interpretaciones realizadas por los órganos de protección. En suma, la definición de una política pública en materia migratoria no puede violentar principios esenciales del estado de derecho. La discrecionalidad de la administración tiene límites infranqueables, siendo uno de ellos el respeto a los derechos humanos.⁵

A continuación, abordaremos los lineamientos esenciales desarrollados por el sistema interamericano en cuatro bloques: (i) la obligación de no discriminar y las debidas garantías mínimas en procedimientos de expulsión o deportación; (ii) el balance con el interés superior del niño y el derecho a la vida familiar; (iii) la prohibición de expulsión colectiva de los extranjeros; y (iv) la no devolución como prohibición de expulsión en determinados supuestos de riesgo.

En tanto las medidas privativas de libertad y de expulsión pueden en ciertos supuestos infringir normas de derechos humanos y, por consiguiente, acarrear la responsabilidad internacional del Estado, se torna crucial que las autoridades internas a cargo de tomar este tipo de decisiones conozcan los estándares de derechos humanos a los que el país se ha obligado.

La obligación de no discriminar y las debidas garantías mínimas en procedimientos de expulsión o deportación

El criterio central adoptado por la Corte Interamericana establece que:

[...] un proceso que pueda resultar en la expulsión de un extranjero debe ser individual, de modo a evaluar las circunstancias personales de cada sujeto y cumplir con la prohibición de expulsiones colectivas. Asimismo, dicho procedimiento no debe resultar discriminatorio en

5 Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 168; Corte IDH. Caso Vélez Loor Vs. Panamá, supra, párr. 100; y Corte IDH. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Serie A No. 21, párr. 116.

6 Corte IDH. Caso de Personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana, supra, párr. 356. Véase también, Corte IDH. Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana, supra, párr. 175.

razón de nacionalidad, color, raza, sexo, lengua, religión, opinión política, origen social u otro estatus, y la persona sometida a él ha de contar con [determinadas] garantías mínimas.⁶

El párrafo anterior nos señala los lineamientos básicos de cómo entender y bajo qué parámetros analizar la conformidad de los procedimientos de expulsión o deportación con el orden interamericano.

En primer lugar, como fue mencionado, la expulsión debe ser el resultado de un procedimiento formal en el cual se evalúen de forma real y circunstanciada las condiciones personales, no sólo de cada individuo sino también de su núcleo familiar.

Asimismo, la obligación de no discriminar, como ya lo estableció la Corte desde su Opinión Consultiva OC-18/03, también aplica a las personas migrantes.⁷ Esto significa que debe ser asegurada a toda persona extranjera, más allá de la calidad de su estancia o de otras condiciones como su nacionalidad, raza o género.⁸ Por ejemplo, en los casos referidos respecto de República Dominicana, la Corte Interamericana encontró que existía una situación de discriminación debido a motivos raciales y que dicho contexto generó que personas haitianas y personas dominicanas de ascendencia haitiana fueran detenidas y expulsadas sistemáticamente de forma discriminatoria hacia Haití en razón de sus características físicas y su pertenencia a un grupo específico, a pesar de que algunas de ellas contaban con documentos de identidad dominicanos.⁹

En el aspecto procesal, nos indica que las garantías del debido proceso no pueden ser soslayadas con base en la condición de estancia en el país, por lo que debe asegurarse a toda persona extranjera la posibilidad de hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal.¹⁰

7 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-18/03, supra, párrs. 100, 101 y 118. Véase también, Corte IDH. Caso Vélez Loor Vs. Panamá, supra, párr. 248.

8 Corte IDH. Caso de las niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130, párr. 155; y Corte IDH. Caso de Personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana, supra, párr. 402.

9 Corte IDH. Caso de Personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana, supra, párrs. 167 a 171 y 404.

10 Corte IDH. Caso Vélez Loor Vs. Panamá, supra, párr. 143; y Corte IDH. Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana, párr. 159.

Lo anterior nos lleva a considerar la situación de desventaja en que se encuentran las personas migrantes, más aún si no se encuentran regularizadas y/o están sometidas a una orden de privación de libertad, y la necesidad de adoptar medidas diferenciadas para garantizar un efectivo e igualitario acceso a la justicia. Entre estas medidas, la Corte Interamericana ha destacado el acceso a la defensa jurídica gratuita y la asistencia consular, para lo cual las personas extranjeras deben ser notificadas del derecho que les asiste a establecer contacto con el funcionario consular de su país de origen.¹¹

En procedimientos migratorios que puedan implicar medidas privativas de libertad y/o desembocar en la expulsión o deportación de extranjeros, también se deben respetar otras garantías mínimas.¹² Por ejemplo, se debe brindar a la persona concernida la información respecto de los motivos de la expulsión o deportación de manera expresa, así como la oportunidad para que presente los argumentos en contra de dicha medida. La persona extranjera tiene derecho a ser oída por una autoridad competente, a que se formalice una audiencia, y para ello va a requerir la asistencia jurídica y la consular, cuyo objetivo es justamente coadyuvar al ejercicio de la defensa. De igual forma, si la persona no habla el idioma del país, se le debe otorgar acceso a la asistencia gratuita de un intérprete. Finalmente, la decisión que se adopte debe ser motivada y debe notificarse formalmente, para permitir el derecho a recurrir cualquier medida desfavorable en su contra.

En definitiva, las garantías enlistadas son aplicables a los procedimientos migratorios, de modo tal que no pueden ser realizados de forma sumaria sin dar la posibilidad de audiencia. Ello nos lleva a abordar el balance que deben efectuar las autoridades que toman las decisiones de expulsión con el interés superior del niño y el derecho a la vida familiar.

11 Corte IDH. *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16, párrs. 119 a 122; Corte IDH. Caso Vélez Loor Vs. Panamá, supra, párrs. 99, 132, 146, 151 a 154; y Corte IDH. Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana, párrs. 158, 164 y 165.

12 Corte IDH. Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana, supra, párr. 175; Corte IDH. Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Serie C No. 272, párr. 133; y Corte IDH. Caso de Personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana, supra, párrs. 355 a 356.

El balance con el interés superior del niño y el derecho a la vida familiar

¿Qué sucede cuando en los procedimientos de expulsión de sus progenitores o familiares se ven involucrados niñas, niños o adolescentes? Nos referimos a supuestos en los que las personas sometidas a un procedimiento de expulsión tienen hijos o familiares menores de 18 años de edad -que pueden haber nacido o no en el territorio del país-. La Corte ha tenido la oportunidad de abordar esta cuestión tanto desde la óptica consultiva como contenciosa.

Cabe recordar que el principio del interés superior del niño, que está recogido en la Convención sobre los Derechos del Niño de Naciones Unidas, y que es utilizado como pauta interpretativa de la Convención Americana, deber ser una consideración primordial en todas las medidas que conciernen a las personas menores de 18 años de edad.¹³ En este ámbito, dicho principio se encuentra enlazado con el derecho a la protección de la familia y, específicamente, al disfrute de la vida familiar,¹⁴ derechos protegidos bajo la CADH en sus artículos 11.2¹⁵ y 17.1.¹⁶

En supuestos como los referidos, se va a producir un conflicto de intereses. Por un lado, el Estado implicado querrá implementar su propia política migratoria y responder a fines que pueden reputarse legítimos, como procurar el bienestar general. Por el otro lado, puede identificarse otro interés que va a ser el del niño, niña o adolescente a mantener la unidad familiar y que sus progenitores o familiares puedan permanecer en el país para disfrutar de la vida de familia.

Ante dicho conflicto, la Corte Interamericana ha sostenido que “las exigencias del bienestar general no debe en forma alguna ser interpretada de manera tal que habilite cualquier viso de arbitrariedad en detrimento de los dere-

13 Sijniensky, Romina I., “Interpretación evolutiva de la protección especial debida a las niñas y los niños”, en: Parra Vera, Óscar; Sijniensky, Romina I. y Pacheco Arias, Gabriela (eds.), *La Lucha por los Derechos Humanos Hoy: Estudios en Homenaje a Cecilia Medina Quiroga*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 223 a 243.

14 Corte IDH. Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana, supra, párr. 357.

15 El artículo 11.2 de la Convención Americana estipula que: “[n]adie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia [...]”.

16 El artículo 17.1 de la Convención Americana dispone que: “[l]a familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado”.

chos”.¹⁷ Por tal motivo, dado que una medida de expulsión puede tener efectos perjudiciales en la vida, bienestar y desarrollo del niño, niña o adolescente, la autoridad competente a cargo de la decisión, tendrá también que analizar y evaluar estas circunstancias y posibles afectaciones.

Por lo tanto, ante una situación como la planteada, recae sobre el Estado -a través de sus autoridades competentes- la obligación de efectuar una adecuada y rigurosa o estricta ponderación. Es decir, va a tener que realizar un balance entre los derechos e intereses en juego, para lo cual tendrá que analizar la situación individual y familiar en el contexto de cada caso concreto. Esto significa que no puede haber respuestas automáticas o basadas en un solo componente, sino que es necesario examinar la situación en su totalidad.

La Corte Interamericana, en su Opinión Consultiva OC-21/14 y en el Caso de personas haitianas y dominicanas expulsadas, destacó algunos elementos que el ente decisor deberá tomar en cuenta para realizar el ejercicio de ponderación y acordar la procedencia o no de una medida de expulsión. Estos factores son:

(i) la historia inmigratoria, el lapso temporal de la estadía y la extensión de los lazos del progenitor y/o de su familia con el país receptor; (ii) la consideración sobre la nacionalidad, guarda y residencia de los hijos de la persona que se pretende expulsar; (iii) el alcance de la afectación que genera la ruptura familiar debido a la expulsión, incluyendo las personas con quienes vive la niña o el niño, así como el tiempo que ha permanecido en esta unidad familiar; y (iv) el alcance de la perturbación en la vida diaria de la niña o del niño si cambiara su situación familiar debido a una medida de expulsión de una persona a cargo de la niña o del niño, de forma tal de ponderar estrictamente dichas circunstancias a la luz del interés superior de la niña o del niño en relación con el interés público imperativo que se busca proteger.¹⁸

Ahora bien, en el supuesto de expulsión de personas por causas penales, esta ponderación incluirá también otros factores relacionados con la comisión de un delito, que la autoridad competente habrá de sopesar. A modo

17 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-21/14, supra, párr. 275.

18 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-21/14, supra, párr. 279; y Corte IDH. Caso de Personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana, supra, párr. 357.

de ejemplo, resulta ilustrativa la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que ha resuelto varios casos en la materia y en los que ha enumerado los siguientes criterios a valorar para determinar si una medida de expulsión era necesaria en una sociedad democrática y proporcionada al fin legítimo perseguido:

(i) la naturaleza y gravedad del delito cometido por el demandante; (ii) la duración de la estancia del interesado en el país del que va a ser expulsado; (iii) el período de tiempo que ha transcurrido desde el momento de la comisión del delito y la conducta del demandante durante este período; (iv) la nacionalidad de las distintas personas afectadas; (v) la situación familiar del demandante, y sobre todo, llegado el caso, la duración de su matrimonio y otros factores que atestigüen la efectividad de una vida familiar en el seno de la pareja; (vi) la cuestión de si el entorno tenía conocimiento del delito en la época de la creación de la relación familiar; (vii) la cuestión de si hay niños en el matrimonio y, en ese caso, su edad; (viii) la gravedad de las dificultades que el grupo familiar se encuentre en el país al que el demandante debe ser expulsado; (ix) el interés y el bienestar de los niños, en particular la gravedad de las dificultades que los hijos del demandante pueden encontrarse en el país al que el interesado debe ser expulsado; y (x) la solidez de los vínculos sociales, culturales y familiares con el país de acogida y con el país de destino.¹⁹

En suma, como ha establecido la Corte IDH: “[c]ualquier órgano administrativo o judicial que deba decidir acerca de la separación familiar por expulsión [...] de uno o ambos progenitores debe, al emplear el análisis de ponderación, contemplar las circunstancias particulares del caso concreto y garantizar, del mismo modo, una decisión individual, de acuerdo a los parámetros desarrollados [anteriormente]”.²⁰

En esta línea, y en el caso de que haya niñas, niños o adolescentes involucrados, la Corte Interamericana ha estimado “esencial que, al realizar tal evaluación, los Estados aseguren el derecho de las niñas y niños de tener la oportunidad de ser oídos en función de su edad y madurez y que su opinión sea debidamente tenida en

19 TEDH, Gran Sala. Caso Üner v. Países Bajos. Demanda No. 46410/99. Sentencia de 18 de octubre de 2006, párrs. 57 a 60.

20 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-21/14, supra, párr. 281.

cuenta en aquellos procedimientos administrativos o judiciales en los cuales se pueda adoptar una decisión que implique la expulsión de sus progenitores”.²¹ Por ende, se deberá garantizar el derecho del niño a ser oído también en los procedimientos que conciernen a sus progenitores o familiares.

La prohibición de expulsión colectiva de extranjeros

El propio texto de la CADH estipula esta garantía en el inciso 9 del artículo 22, al indicar que: “[e]s prohibida la expulsión colectiva de extranjeros”. ¿Cuál elemento determina el carácter colectivo de una expulsión? ¿Tiene alguna incidencia el número de personas sujetas a una medida de expulsión?

De acuerdo a la interpretación de los órganos de protección internacional, el carácter colectivo de la expulsión no se define en términos cuantitativos o de la cantidad de personas expulsadas, sino que se configura cuando se obliga a las personas extranjeras en tanto grupo a abandonar el país, sin un procedimiento que evalúe la situación específica de cada una.²² Se torna pertinente, de este modo, volver a recalcar los dos postulados desarrollados previamente en cuanto a la necesidad de un análisis razonable y objetivo de las circunstancias individuales y familiares de vida en el país, mediante un procedimiento formal con las debidas garantías, así como el ejercicio de un análisis de ponderación por parte del ente decisor en el caso en concreto.

La no devolución como prohibición de expulsión en determinados supuestos de riesgo

La Corte Interamericana ha afirmado que la CADH recoge en su artículo 22.8:

[...] la prohibición de expulsión o devolución de cualquier “extranjero” a “otro país, sea o no de origen” -es decir, a su país de nacionalidad o,

21 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-21/14, supra, párr. 282.

22 Corte IDH. Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana, supra, párr. 171; y Corte IDH. Caso de Personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana, supra, párr. 361.

en caso de apatridia, de residencia habitual, o bien a un tercer Estado-, en el cual “su derecho a la vida o a la libertad” estén “en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas”.²³

Es así que, en el sistema interamericano, la no devolución -directa o indirecta- ampara no sólo a las personas solicitantes de asilo o refugiadas, sino también a cualquier persona extranjera, con prescindencia de su estatuto legal o condición migratoria en el país en el que se encuentre.²⁴ En esta línea, la Corte Interamericana ha destacado que “el principio de no devolución no sólo es fundamental para el derecho de asilo, sino también como garantía de diversos derechos humanos inderogables, ya que justamente es una medida cuyo fin es preservar la vida, la libertad o la integridad de la persona protegida”.²⁵

La devolución puede reflejarse en diversas conductas estatales: deportación, expulsión, extradición, rechazo en frontera, no admisión, interceptación en aguas internacionales, traslado informal o entrega.²⁶

Por consiguiente y de acuerdo a lo indicado por la Corte Interamericana, el principio de no devolución impone un deber a los Estados de no deportar, expulsar, extraditar o remover de otro modo a ninguna persona que esté sujeta a su jurisdicción a otro Estado, o a un tercer Estado que no sea seguro, cuando exista presunción fundada para creer que estaría en peligro de ser sometida a violaciones contra su vida, libertad personal, integridad personal, tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes, o una flagrante denegación de justicia.²⁷

23 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-21/1, supra, párr. 214. Véase también, Corte IDH. Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia, supra, párr. 134.

24 Corte IDH. Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia, supra, párr. 135; Corte IDH. Opinión Consultiva OC-21/14, supra, párrs. 215 a 217; y Corte IDH. La institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el Sistema Interamericano de Protección (interpretación y alcance de los artículos 5, 22.7 y 22.8, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-25/18 de 30 de mayo de 2018. Serie A No. 25, párrs. 192 y 193.

25 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-25/18, supra, párr. 180.

26 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-25/18, supra, párr. 190.

27 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-21/14, supra, párrs. 226 y 230; y Corte IDH. Caso Wong Ho Wing Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de junio de 2015. Serie C No. 297, párrs. 127, 128 y 136. Véase también, Ficha técnica No. 3 sobre el derecho a la no devolución y no expulsión, elaborada por ACNUR y CEJIL en 2017, pág. 11.

Además, de acuerdo con la jurisprudencia interamericana y con lo decidido por la Comisión Interamericana en el Caso Mortlock,²⁸ la protección contra la devolución puede operar también en casos de riesgos relativos al derecho a la salud, debido a su vinculación directa e inmediata con los derechos a la vida y a la integridad personal, así como con la prohibición de tortura y otros tratos crueles e inhumanos. En virtud de ello, la Corte Interamericana ha afirmado que “la expulsión o devolución de una persona podría considerarse violatoria de las obligaciones internacionales, dependiendo de las circunstancias concretas de la persona en particular, en casos en que dicha medida redunde en la afectación o el deterioro grave de la salud de la misma o, incluso, cuando pueda derivar en su muerte”.²⁹ En estos supuestos, ha especificado que deberá “tenerse en cuenta el estado de salud o el tipo de dolencia que padece la persona, así como la atención en salud disponible en el país de origen y la accesibilidad física y económica a la misma, entre otros aspectos”.³⁰

De este modo, la protección contra la devolución indebida también requiere la realización de una entrevista y la consideración real y diferenciada de las circunstancias de cada una de las personas.³¹ Es así que la Corte Interamericana ha sostenido que:

[...] cuando un extranjero alegue ante un Estado un riesgo en caso de devolución, las autoridades competentes de ese Estado deberán, al menos, entrevistar a la persona, dándole la debida oportunidad de exponer las razones que lo asistan en contra de la devolución, y realizar una evaluación previa o preliminar a efectos de determinar si existe o no ese riesgo y, de constatarse, no debería ser devuelto a su país de origen o donde exista el riesgo, en el caso de niñas y niños se impone también determinar su interés superior [...].³²

28 En dicho caso, la víctima se encontraba bajo amenaza de deportación, lo que podía conllevar a la denegación de medicamentos vitales para el tratamiento del VIH/SIDA en su país de origen. CIDH. Caso 12.534. Admisibilidad y fondo. Andrea Mortlock. Estados Unidos. Informe No. 63/08 de 25 de julio de 2008, párrs. 78, 90 y 91.

29 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-21/14, supra, párr. 229.

30 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-21/14, supra, párr. 229.

31 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-25/18, supra, párrs. 194 a 196.

32 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-21/14, supra, párr. 232.

Por otra parte, la Corte ha determinado que el retorno al país de origen de un niño, niña o adolescente sólo podrá contemplarse si redunda en su interés superior. En conclusión, la Corte Interamericana interpretó que cualquier decisión sobre la devolución de un niño, niña o adolescente al país de origen o a un tercer país “sólo podrá basarse en los requerimientos de su interés superior, teniendo en cuenta que el riesgo de vulneración de sus derechos puede adquirir manifestaciones particulares y específicas en razón de la edad”.³³

De acuerdo a lo expuesto, la no devolución indebida constituye otro límite a las expulsiones y debe ser tenido en cuenta por las autoridades, ya que puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado.

Palabras finales

Hemos tratado en esa presentación de exponer de forma breve y sistematizada los condicionamientos y límites que impone el derecho internacional de los derechos humanos a la facultad de los Estados de diseñar y regular sus políticas migratorias y, en su caso, de disponer de una medida de expulsión, de conformidad con lo establecido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y los criterios interpretativos desarrollados por los órganos de protección.

En resumen, cualquier expulsión debe estar basada en el análisis particularizado de la situación individual y familiar, incluido el riesgo de violación de determinados derechos en el país al cual será devuelta la persona implicada o a un tercer país desde el cual pueda ulteriormente ser devuelta al Estado donde sufre dicho riesgo. La medida no debe ser arbitraria ni discriminatoria. Por lo anterior, debe asegurarse un procedimiento formal con una serie de garantías mínimas. En el caso de que haya personas menores de 18 años de edad involucradas, el interés superior será también un aspecto esencial a considerar.

Aunque parezca una verdad de Perogrullo, es preciso recordar que detrás de los estándares internacionales reseñados existe un caso resuelto por el sistema interamericano. Y, detrás de ese caso, se refleja también una o

33 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-21/14, supra, párr. 242.

varias historias humanas de personas que han sufrido abusos y violaciones a sus derechos humanos en el contexto de la movilidad humana; historias que, a su vez, son representativas de muchas otras experiencias humanas similares de personas migrantes y de sus familias. El conocimiento de los estándares interamericanos y la vocación de que éstos permeen el actuar estatal permitirá prevenir nuevas violaciones y evitar que los casos lleguen al sistema interamericano de protección.

Con los hallazgos de la investigación que hoy se presenta en este evento conoceremos esas otras historias —que quizás podamos sentir más cercanas que aquellas que ha resuelto el tribunal interamericano— lo que nos permitirá ponerle rostro, contextualizar y dimensionar el impacto de la detención y el proceso penal en las personas migrantes y sus familias en Argentina. ¡Enhorabuena a CAREF y a la Procuración Penitenciaria de la Nación por darse a esta tarea!

Reflexiones finales

Los sucesivos capítulos de este informe han revisado algunos de los nudos que se presentan cuando el accionar punitivo del Estado (tanto el penal como el administrativo) se ejerce sobre las y los migrantes que viven en el país. Tal como se señalara al inicio, nuestra atención no se ha centrado sobre la totalidad de las personas extranjeras procesadas o condenadas en Argentina por motivos penales, sino sobre un conjunto puntual: los varones y las mujeres migrantes que viven en el país desde hace años (o décadas) y que tienen aquí sus lazos parentales, conyugales, familiares y afectivos. En pocas palabras: migrantes en conflicto con la ley penal pero con arraigo y familias en Argentina. Si bien el trabajo de investigación, y particularmente las entrevistas, se han centrado en personas alojadas en la órbita del Servicio Penitenciario Federal, las reflexiones que aquí se presentan aplican a todas las personas migrantes que en algún momento de su vida han estado presas en Argentina.

¿Por qué hemos puesto el foco en las personas migrantes con arraigo de larga data? Porque por su condición de extranjeras, los efectos del castigo penal son distintos y más perjudiciales aún que para el general de la población presa. En el caso de las personas argentinas que reciben una condena privativa de la libertad (por cualquier tipo de delito y cualquiera que sea el monto de la pena impuesta), el castigo cesa una vez que cumplieron la condena. Luego de cumplir el castigo penal (o como se suele decir: "pagar su deuda con la sociedad") esa persona tendría la posibilidad de continuar su vida dentro de la misma comunidad. Por supuesto que este retorno no es sencillo, y suele traer aparejado un cúmulo de dificultades y obstáculos originados en la privación de libertad. La

estigmatización y los inconvenientes para el normal ejercicio de derechos fundamentales (tales como el trabajo) a menudo marcan estos procesos.

En el caso de las personas extranjeras, la ley migratoria establece, por la vía administrativa, un castigo adicional o suplementario que comienza luego del efectivo cumplimiento de la pena de privación de libertad impuesta judicialmente. Ello es así porque la condena judicial conlleva la cancelación del permiso de residencia, porque el antecedente penal que genera la condena cumplida deviene un obstáculo insalvable para solicitar un nuevo permiso de residencia, y porque la condena también da lugar a una orden de expulsión del territorio nacional con prohibición de reingreso (por lo menos por cinco años, y en muchos casos de por vida). Entonces, pareciera que porque esas personas son extranjeras, la privación de la libertad no es castigo suficiente por el delito cometido. Pareciera que su “deuda con la sociedad” es de una naturaleza tal que resulta imposible de saldar, y por lo tanto no pueden continuar su vida dentro de la misma comunidad y deben ser expulsados de ella. Si por alguna razón la expulsión no llegara a materializarse y la persona lograra permanecer en el país luego de cumplida la condena, el antecedente penal le impedirá regularizar su situación migratoria y acceder al DNI. Así, será una persona indocumentada, un “fantasma civil” condenado a todas las informalidades: en el trabajo, en la vivienda y en el acceso a servicios y recursos sociales que benefician a sus hijos e hijas.

Debido a su nacionalidad extranjera, deberá “pagar” dos veces por el delito cometido. La primera vez, con el cumplimiento de una condena penal judicialmente impuesta. La segunda vez, con un castigo administrativo que no caduca y que implica abandonar su comunidad de arraigo o permanecer en ella como un polizone. Ambas modalidades del castigo afectan gravemente a las familias de las personas migrantes, especialmente a sus hijos e hijas menores de edad, que en la enorme mayoría de los casos han nacido en Argentina, país de arraigo de sus padres y madres.

El impacto de la privación de la libertad en familias, niños y niñas ha sido detalladamente documentado, analizado y denunciado, igual que el delicado y complejo proceso de reintegración al grupo familiar y a la comunidad en general de quien hubiera transitado la cárcel (PPN, 2019; WOLA et al., 2016; Antony, 2007; Daroqui et al., 2014; CELS, MPD y PPN, 2011; ADC, 2013). Pero ¿qué ocurre cuando esa reintegración es inexistente e imposible porque la persona

ha sido expulsada? ¿O cuando es dificultada y obstaculizada aún más por la indocumentación forzosa del padre o madre que cumplió la condena penal? Las historias y situaciones narradas en el capítulo IV de este informe iluminan los efectos conjuntos de la condena penal y administrativa en las familias migrantes. Ilustran cómo la justicia y la administración migratoria conciben y ponderan la permanencia y los lazos familiares de cara a dispensar o exceptuar a las personas de la orden de expulsión: de forma sesgada y con criterios estancos que no profundizan en particularidades. Muestran también las infructuosas intervenciones de la defensa para proteger el derecho a la vida familiar y el interés superior de niños y niñas cuyos padres o madres resultaron expulsados.

La experiencia de la defensa pública, detallada en el capítulo V, muestra cómo se trabaron prácticamente todas las vías para su accionar tras la modificación de la Ley de Migraciones. El derecho a la defensa y el recurso a la vía judicial, consagrados en el texto de la ley y enfatizados en los estándares regionales e internacionales, resultaron obstaculizados a través de las decisiones y las prácticas administrativas que habilitó del DNU 70/2017. El capítulo II muestra el impacto de estas modificaciones en la cantidad de órdenes de expulsión emitidas, los recursos presentados y las expulsiones efectivizadas.

En conjunto, la información y los casos analizados en este informe señalan dos cuestiones centrales que deben ser abordadas sin dilación, y una tercera dimensión contextual. En primer lugar, urge derogar el DNU 70/2017, anular las cancelaciones de residencia a las que dio lugar, dejar sin efecto las órdenes de expulsión emitidas y disponer la extinción de las prohibiciones de reingreso de quienes resultaron efectivamente expulsados. Ello subsanaría parcialmente la afectación de derechos de los cientos de familias que recibieron un trato desigual que resultó en su separación y de las miles que viven bajo la amenaza de que ocurra en cualquier momento.

La segunda cuestión implica revisar el texto de la norma migratoria, así como las prácticas judiciales y administrativas, de modo de erradicar el tratamiento desigual hacia las personas extranjeras que cumplieron una condena en el país. Ello implica, en principio, prohibir la expulsión de quienes cuentan con arraigo anterior a la causa penal y de quienes han construido vínculos conyugales, parentales y familiares, independientemente de la regularidad o irregularidad de su situación migratoria previa. Implica también remover los obstáculos

a la radicación de quienes han cumplido condenas penales en Argentina, de modo que, al igual que en el caso de las personas nacionales, su castigo sea solo judicial y cese cuando cesa la privación de la libertad. Estas medidas no impedirán el accionar de la justicia y resolverán su impacto desigual y desproporcionado sobre las familias, niños y niñas migrantes (o hijos/as de migrantes) que residen en Argentina.

Una tercera cuestión, complementaria y de índole contextual, refiere a cómo la administración pública (en este caso, la Dirección Nacional de Migraciones) analiza y difunde la información relativa a su propio accionar y la usa para monitorear y evaluar sus prácticas y políticas. Como quedó claro en este informe y en numerosos otros documentos elaborados por diversas organizaciones, la autoridad migratoria cuenta con un contundente sistema de registro de sus propios actos. La información sobre ingresos y egresos del territorio, trámites de radicación, inspecciones, multas, cancelaciones de residencias, expulsiones, extranjeros judicializados, visas, etc. existe y es puesta a disposición cuando se la solicita. Sin duda, el seguimiento y análisis sistemático de esos datos le permite a la administración pública conocer con precisión los efectos agregados de sus decisiones. La Dirección Nacional de Migraciones publica regularmente en su sitio web las cifras relativas a movimientos y radicaciones, y ocasionalmente algunas otras. Publicar los datos de manera completa y periódica, o volverlos accesibles a través de una base abierta, contribuiría a la transparencia de la gestión e impediría la circulación de cifras inciertas y espurias, tan frecuentemente utilizadas para promover miradas sesgadas, falaces y estigmatizantes de la población migrante.

Desde 2004, a partir de la aprobación de la Ley de Migraciones N° 25.871, Argentina ha llevado adelante una activa y consistente política de regularización migratoria mediante la cual 1.300.000 personas (la mayoría provenientes del Mercosur) obtuvieron residencia permanente y DNI de residente extranjero. Sin duda, esta política ha facilitado la vida de las personas migrantes pero también ha beneficiado a la sociedad en su conjunto. La irregularidad migratoria genera problemas inmediatos para los inmigrantes, pero también inmediatos, a mediano y largo plazo para toda la sociedad: explotación, trabajo no registrado (con su mengua de aportes a los sistemas jubilatorios y de salud), deterioro de viviendas y de espacios urbanos, informalidad comercial, evasión de impuestos, menor participación en la vida social y comunitaria, por mencionar solo los

más evidentes. Desde esta perspectiva, los requisitos razonables y accesibles que estableció la ley para las y los migrantes del Mercosur constituyeron un eficaz dispositivo para facilitar la regularización (tal como antes lo fuera la Ley Avellaneda de 1876).

A la luz de nuestra propia historia, es indiscutible que leyes, políticas y prácticas migratorias igualitarias contribuyen a una sociedad más justa (y por ende, menos violenta). En este contexto, las situaciones descritas en este informe, basadas en normas y prácticas discriminatorias, deben ponderarse y resolverse prestando especial atención al daño y la injusticia que generan. El castigo administrativo que recae sobre las personas migrantes que han cumplido condena penal es un lacerante desgarró en un sistema que se precia por sus altos estándares de protección de derechos. Afortunadamente, se trata de un desgarró que puede repararse con voluntad política e institucional, y ponderando adecuadamente las obligaciones de protección hacia las personas y familias.

Referencias bibliográficas

- Antony, Carmen (2007). "Mujeres invisibles: las cárceles femeninas en América Latina". En Revista *Nueva Sociedad* N° 208, marzo-abril 2007, pp. 73-85. Disponible online.
- Canelo, Brenda (2016). "Acerca del centro de detención para migrantes. Del paradigma de los derechos al de la seguridad". En: *FiloDebate*, Secretaría de Investigación, FFyL – UBA. Disponible online.
- CAREF (2019) *Personas, papeles, políticas y derechos. Las migraciones contemporáneas en Argentina desde la perspectiva de CAREF (2004-2015)*. Disponible online.
- Castles, Stephen (2014) "Las fuerzas tras la migración global". En: *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, Universidad Nacional Autónoma de México, Año LIX, núm. 220, enero-abril 2014, pp. 235-260,
- CELS, DGN, PPN (2011) *Mujeres en prisión: los alcances del castigo*. Compilado por CELS, Ministerio Público de la Defensa de la Nación, Procuración Penitenciaria de la Nación. - 1ª ed. - Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011. Disponible online.
- Daroqui, Alcira; Motto, Carlos; Bouilly, María del Rosario; López, Ana Laura; Andersen, María Jimena; Maggio, Nicolás y Hugo Motta. (2014) *Castigar y gobernar: hacia una sociología de la cárcel. La gobernabilidad penitenciaria bonaerense*. Buenos Aires: Comisión Provincial por la Memoria. Disponible online.
- Dirección Nacional de Migraciones (2016) *Inspecciones*. Disponible online.
- Dirección Nacional de Migraciones (2016) *Operativos de control de permanencia*. Disponible online.
- Galoppo, Lucía (2017) "Necesidad y urgencia en la protección de los derechos de las personas migrantes. El amparo presentado por organizaciones de la sociedad civil ante el DNU 70/2017". En: *Revista Electrónica Temas de Antropología y Migración*, N° 9, Diciembre 2017, pp. 143-153. Disponible online.
- García, Lila (2018) "Control migratorio en la Argentina reciente. Efectos de la modificación a la Ley de Migraciones a través de las acciones presentadas ante el Poder Judicial federal". En: *Academia y Crítica*; Año: 2018 p. 86 - 113
- Monclús Masó, Marta (2017) "La reforma de la Ley de migraciones mediante Decreto de Necesidad y Urgencia: un retroceso en la política de derechos humanos". En *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, Volumen 18 (octubre 2017).

- Pacecca, María Inés (2012). (Coord.) *Prevenir no es curar. La prisión preventiva en Argentina. Prácticas y discursos*. Buenos Aires: Asociación por los Derechos Civiles. Disponible online.
- Procuración Penitenciaria de la Nación (2014) *Prisión e inmigración. Población extranjera detenida en cárceles federales*. Cuadernos de la Procuración Penitenciaria de la Nación N° 7, Buenos Aires. Disponible online.
- Procuración Penitenciaria de la Nación (2019) *Más allá de la prisión: Paternidades, maternidades e infancias atravesadas por el encierro*. CABA. Disponible en <https://www.ppn.gov.ar/mas-alla-de-la-prision.pdf>
- Procuración Penitenciaria de la Nación. *Informe Anual*, 2018. Disponible online.
- Torpey, John (1998) "Coming and Going: On the State Monopolization of the Legitimate «Means of Movement»". En *Sociological Theory*, Vol. 13 N° 3, Noviembre 1998.
- WOLA, IDPC, DeJusticia, CIM y OEA (2016) *Mujeres, políticas de drogas y encarcelamiento. Una guía para la reforma de políticas en América Latina y el Caribe*. Disponible online.