



# “NINGÚN SER HUMANO ES ILEGAL”. ACIERTO Y SOLEDAD DE UNA SENTENCIA MARCANDO BAZAS BAJO LA NUEVA POLÍTICA MIGRATORIA ARGENTINA

LILA GARCÍA<sup>1</sup>  
*UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES*

## 1. INTRODUCCIÓN

**H**ace poco más de un año (en junio de 2011, un día sábado), la Cámara Federal de Apelaciones de Paraná dictaba una sentencia-homenaje en el caso “Dai Jianqing y otros s/ hábeas corpus”: por un lado a Gabriel Chausovsky, recientemente fallecido vocal de dicha Cámara y uno de los remeros que llevaron a buen puerto la nueva ley de migraciones; por otro lado, a “todos los hombres que quieran habitar suelo argentino”.

En una sentencia que seguramente será memorable, la Cámara dijo, a propósito de la calificación como “ilegales” o “irregulares” de las personas extranjeras en cuestión y reiterando una idea que trasciende incluso a las del propio profesor Chausovsky, que “la legalidad o ilegalidad se refiere a actos (nunca a personas: <<**ningún ser humano es ilegal**>>) que contravienen disposiciones de naturaleza penal, no administrativa” (énfasis en negritas agrega-

---

<sup>1</sup> Abogada. Magíster en Relaciones Internacionales. Becaria del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET), Candidata al Doctorado y docente de “Derecho Internacional Público” y de “Derechos Humanos y Garantías” (UBA). E mail: [garcia.lila@gmail.com](mailto:garcia.lila@gmail.com)

do).

## 2. HECHOS Y ANTECEDENTES

Los hechos que dieron lugar a la acción de amparo forman parte de una modalidad lamentablemente bastante común en varios aspectos: un operativo (en este caso de Gendarmería) “detecta” que en un colectivo de pasajeros circulaban personas extranjeras que carecían de documentación que acreditara su ingreso regular al país y su identidad, lo cual provoca su inmediata detención a los fines de ser expulsados.

En primer lugar, involucra nuevamente a ciudadanos chinos. Amén de las denuncias de diversos actores de la sociedad civil, un breve relevamiento de las noticias periodísticas y de la situación de clandestinidad y/o “irregularidad” en que son transportados no deja de hacernos pensar en una red de trata de personas<sup>2</sup> (containeres descubiertos del lado de Chile más personas detenidas en Neuquén, por ejemplo)<sup>3</sup>.

En segundo lugar, esta modalidad de expulsión sin miramientos (previa detención y excluyendo cualquier posibilidad de ser oídos en instancia judicial) de la Dirección Nacional de Migraciones (DNM) no es nueva: el ingreso “irregular” se sanciona con la más pronta (aunque no siempre inmediata) expulsión<sup>4</sup>. Por supuesto: cuando el proyecto de la Modernidad posiciona la libertad como el bien más preciado (y esto lo explica muy claramente Foucault en el paso de los castigos corporales de la Edad Media al encierro desde fines del siglo XVIII) a la vez que delimita las fronteras de la Otrredad en las del territorio del Estado-nación (pretendida homogeneidad hacia adentro que define a los no nacionales como todo lo que “nosotros” no somos), consagra la

---

<sup>2</sup> Véase, por ejemplo: “Un detenido por trata de personas”, Clarín, 25/03/2011, disponible en: [http://www.clarin.com/sociedad/detenido-trata-personas\\_0\\_450555034.html](http://www.clarin.com/sociedad/detenido-trata-personas_0_450555034.html). Consultado el 27/10/2011.

<sup>3</sup> También debe reconocerse que la ausencia de una “categoría migratoria” que contemple la situación de estas personas (requieren visa pero además, para radicarse, tener cónyuge, padres o hijos argentinos o bien, contrato de trabajo, de estudios, o ser inversionista, etc.) genera las más variadas estrategias para ejercer, como sea, el derecho a migrar contemplado en la nueva legislación argentina.

<sup>4</sup> Por ejemplo: “Detuvieron a 6 chinos que llegaron ilegalmente”. Disponible en: [http://www.clarin.com/sociedad/Detuvieron-chinos-llegaron-ilegalmente\\_0\\_328167253.html](http://www.clarin.com/sociedad/Detuvieron-chinos-llegaron-ilegalmente_0_328167253.html) Consultado el 27/10/2011.

posibilidad para el Estado-nación de determinar quien es nacional y quien no, quien entra y quien no, y la sanción por violentar estos principios (migrar, moverse, pretender ingresar) es primero la privación de la libertad y luego la expulsión<sup>5</sup>. Muchos aspectos de esta gestión penal de la inmigración ya han sido extensamente explicados, por ejemplo, por Marta Monclús<sup>6</sup>.

En tercer lugar, la Cámara Federal de Paraná cuenta con dos antecedentes directos, sendos hábeas corpus en los casos “Azeng Xiankai” (sentencia del 22/06/2004) y “Ali Yun, Lingyan Zheng y otro” (sentencia del 10/12/2004), de los cuales me ocupo en este apartado para en el siguiente, analizar la sentencia que da origen a este artículo.

En el primero de dichos casos, la justicia de primera instancia no había hecho lugar al pedido de hábeas corpus contra la “retención” de un extranjero (solicitada telefónicamente) como “medida asegurativa de [su] expulsión”, decretada por la delegación DNM de Entre Ríos. En el caso, el actor -residente en Argentina, según deja saber la defensa- había reingresado en el territorio, expulsado desde Uruguay, con documentación “inidónea” (falta de visa, por lo regular), lo cual provoca que DNM declare la irregularidad de su permanencia y ordene su expulsión, ordenando entretanto su “retención”.

En primer lugar y a diferencia de la situación previa a la ley, la Cámara deja en claro que no puede procederse al rechazo en frontera, ya que se trata de un reingreso motivado por el rechazo en un tercer país (situación prevista en el art. 35 de la nueva ley de migraciones, LM)<sup>7</sup>, por lo que se aplican no ya las

---

<sup>5</sup> GARCÍA, Lila, “Libertad y seguridades nacionales en tiempo real. De la regulación de las migraciones al control total”, en AAVV, *Caminos de la libertad*, Ciudad de México: Fundación Grupo Salinas y TV Azteca, pp. 220-256.

<sup>6</sup> MONCLÚS MASÓ, Marta, *Gestión penal de la inmigración*, Buenos Aires: Del Puerto, 2008.

<sup>7</sup> ARTICULO 35. - En el supuesto de arribar una persona al territorio de la República con un documento extranjero destinado a acreditar su identidad que no cumpliera las condiciones previstas en la legislación vigente, y en tanto no se trate de un reingreso motivado por un rechazo de un tercer país, se procederá al inmediato rechazo en frontera impidiéndosele el ingreso al territorio nacional.

Aquellos rechazos que se produjeran motivados en la presentación de documentación material o ideológicamente falsa o que contengan atestaciones apócrifas implicarán una prohibición de reingreso de cinco (5) años.

Sin perjuicio de los procedimientos previstos en el presente artículo, el Gobierno Nacional se reserva la facultad de denunciar el hecho ante la Justicia Federal cuando se encuentren

condiciones de ingreso (Título III de la ley) sino que debe analizarse el caso bajo los supuestos de permanencia “legal” e “ilegal” del Título V<sup>8</sup>. Considera entonces la Cámara que “resulta evidente la falta de sustento de la medida dado que no se expresa cuáles son las características particulares del caso que justifiquen la retención”, ya que “la permanencia irregular de un extranjero no configura una circunstancia justificante”, más aún cuando no ha mediado conminación al extranjero a fin de que regularice su situación, exigida por el artículo 61 de la misma ley<sup>9</sup>.

---

en juego cuestiones relativas a la seguridad del Estado, a la cooperación internacional, o resulte posible vincular al mismo o a los hechos que se le imputen, con otras investigaciones sustanciadas en el territorio nacional.

Cuando existiera sospecha fundada que la real intención que motiva el ingreso difiere de la manifestada al momento de obtener la visa o presentarse ante el control migratorio; y hasta tanto se corrobore la misma, no se autorizará su ingreso al territorio argentino y deberá permanecer en las instalaciones del punto de ingreso. Si resultare necesario para preservar la salud e integridad física de la persona, la autoridad migratoria, reteniendo la documentación de la misma, le otorgará una autorización provisoria de permanencia que no implicará ingreso legal a la República Argentina.

Asimismo se comunicará a la empresa transportadora que se mantiene vigente su obligación de reconducción hasta tanto la autorización provisoria de permanencia sea transformada en ingreso legal.

Si tras la corroboración se confirmara el hecho se procederá a la inmediata cancelación de la autorización provisoria de permanencia y al rechazo del extranjero.

Las decisiones adoptadas en virtud de las previsiones contenidas en los párrafos primero y segundo del presente artículo sólo resultarán recurribles desde el exterior, mediante presentación efectuada por el extranjero ante las delegaciones diplomáticas argentinas o las oficinas en el extranjero de la Dirección Nacional de Migraciones, desde donde se harán llegar a la sede central de la Dirección Nacional de Migraciones. El plazo para presentar el recurso será de quince (15) días a contar del momento del rechazo.

<sup>8</sup> Tales títulos prevén de manera diferenciada la situación de una persona extranjera que “ingresa”, física y literalmente, al país, de una que se encuentra residiendo o que, por extensión, como explica la Cámara, es encontrada (“detectada”) ya residiendo en Argentina. La expulsión de una persona residente contiene mayores previsiones garantistas que la de una persona que pretende ingresar.

<sup>9</sup> El artículo 61 prevé que si una persona extranjera es encontrada en situación de “irregularidad”, antes de procederse a su expulsión debe ser intimada a regularizar y con todo, esta orden administrativa de expulsión debe ser revisada obligatoria y casi “automáticamente” por el Poder Judicial. El texto del artículo dice: “Al constatar la irregularidad de la permanencia de un extranjero en el país, y atendiendo a las circunstancias de profesión del extranjero, su parentesco con nacionales argentinos, el plazo de permanencia acreditado y demás condiciones personales y sociales, la Dirección Nacional de Migraciones deberá conminarlo a regularizar su situación en el plazo perentorio que fije para tal efecto, bajo apercibimiento de decretar su expulsión. Vencido el plazo sin que se regularice la situación, la Dirección Nacional de Migraciones decretará su expulsión con efecto suspensivo y dará intervención y

En el caso “Ali Yun” se terminan de delinear los extremos que justifican uno y otro actuar de DNM (ingreso o permanencia de extranjeros) así como los requisitos para la expulsión y para la “retención”. Así, la inconfundible pluma del Dr. Chausovsky explica que las facultades de control de la autoridad migratoria conocen dos momentos de ejercicio: el control de frontera (art. 35) y el control una vez que la persona ha ingresado al país, referido a la constatación de una situación de supuesta irregularidad migratoria (art. 61 y siguientes). En este último caso y verificada que la situación migratoria de una persona dentro del país es irregular, DNM debe “conminar a regularizar la situación, otorgando un plazo para ello y apercibiendo a la persona respecto a que si no lo hace, se decretará su expulsión”, la cual por demás no es directamente ejecutable por DNM sino que tiene “efecto suspensivo, dado que debe mediar la intervención judicial de revisión de la decisión administrativa”, y de todo el proceso, en suma, “dado que la expulsión es la consecuencia y efecto de una previa declaración, sea de irregularidad de la permanencia, sea de cancelación de la residencia otorgada”.

Acto seguido y luego de valorar positivamente la inclusión del derecho a migrar por la ley 25.871,<sup>10</sup> se deja en claro que la retención (distinta a “detención”, aclara) “es un supuesto de excepción y que sólo cabe en el caso de una decisión de expulsión firme y consentida y al solo y único efecto de cumplir con la misma, debiendo mediar decisión judicial al respecto”.

En el caso en particular, no estando la decisión firme, la medida es sumamente excepcional y debe además estar justificada por las circunstancias del caso, con lo cual el argumento de que las personas extranjeras no serán encontradas si se las pone en libertad (aunque se denunciaron domicilios sin que se constatará que fueran inexistentes) “**habla más de la ineficacia del órgano de control que de la conducta de las partes, y resulta claro que no puede recaer sobre ellas el peso de las falencias de la autoridad de aplicación**” (énfasis agregado).

---

actuará como parte ante el Juez o Tribunal con competencia en la materia, a efectos de la revisión de la decisión administrativa de expulsión”.

<sup>10</sup> “El derecho a la migración es esencial e inalienable de la persona y la República Argentina lo garantiza sobre la base de los principios de igualdad y universalidad” (art. 4).

Entonces, el principio rector, como corresponde a una ley que consagra el derecho a migrar, es la libertad del migrante, incluso de aquél sujeto a un proceso de expulsión, caso contrario, notan los jueces, quienes están sometidos a una causa penal por delitos migratorios pueden ser excarcelados en la mayoría de los casos, “mientras que a quienes a lo sumo puede achacárseles una infracción puramente administrativa se pretende retenerla para su expulsión”.

### 3. LOS ARGUMENTOS DE LA ADMINISTRACIÓN Y LOS ESTÁNDARES DE OBLIGACIONES ESTATALES

Volviendo al caso en examen, entonces, llega el expediente a la Cámara Federal de Paraná a raíz del recurso interpuesto por DNM -Delegación Entre Ríos contra la resolución de primera instancia que había hecho lugar a la acción, dispuesto la inmediata libertad de los amparistas y haciendo saber a la DNM que debía proceder de conformidad con el artículo 20 de la ley de Migraciones 25.871 (residencia precaria como mínimo),<sup>11</sup> en vigor desde enero de 2004.

El argumento de DNM para apelar la concesión del hábeas corpus nos interpela respecto al juego entre la protección de la persona (aunque no sea nacional) y los límites del Estado, en particular del principio soberano según el cual tiene las facultades de “controlar” sus fronteras y sí, fijar su política migratoria, que en los hechos parece reducido al derecho a migrar, por un lado, y el *animus expulsivo* estatal, por el otro. Sostiene DNM que “el ingreso al país de extranjeros en abierta violación a la ley de Migraciones atenta contra la organización jurídica de un Estado” y que “el interés individual se enfrenta al interés de la comunidad, que está expuesta a un riesgo de permitirse la perma-

---

<sup>11</sup> Art. 20: “Los residentes serán admitidos para ingresar y permanecer en el país en las categorías de “residentes permanentes”, “residentes temporarios” o “residentes transitorios”. Hasta tanto se formalice el trámite correspondiente, la autoridad de aplicación podrá conceder una autorización de “residencia precaria”, que será revocable por la misma, cuando se desnaturalicen los motivos que se tuvieron en cuenta para su otorgamiento. Su validez será de hasta ciento ochenta (180) días corridos, pudiendo ser renovables hasta la resolución final de la admisión solicitada y habilitará a sus titulares para permanecer, salir y reingresar al territorio nacional, trabajar y estudiar durante su período de vigencia.

La extensión y renovación de “residencia precaria” no genera derecho a una resolución favorable respecto de la admisión solicitada”.

---

nencia en el territorio del país a extranjeros ilegales que han violentado abiertamente la reglamentación migratoria”.

Este solo argumento habilita varios análisis.

En primer lugar, no podemos dejar de notar el lastre de un sistema decimonónico (si no gusta uno de usar el término “paradigma”) que entroniza al Estado no ya como el garante de sus nacionales o más actualmente, de las personas bajo su jurisdicción (“habitantes”, en el vocabulario constitucional argentino), sino como el guardián de sí mismo: no tendría ya una facultad organizativa (de medios) sino un “derecho” (el Estado como fin en sí mismo). En el sistema clásico del derecho internacional (que Cancado Trindade ha acertado en señalar derecho “interestatal” más que internacional), el sujeto primigenio era el Estado, primacía que con el devenir de los años se vio disputada por la aparición de otros sujetos, organizaciones intergubernamentales o internacionales, pero más aún por el “individuo”, situación que si ha sido lenta desde la bendita paz de Westfalia allá por el 1600, sin lugar a dudas ha explotado desde mediados y fines del siglo XX con la aparición de una multiplicidad de actores, entre multinacionales, inversores, ONGs, pueblos, etc., que no sólo interfieren en el juego estatal sino que aspiran a subir al podio de la subjetividad: porque sí, porque ser sujeto no es poca cosa.

Así llegamos a que la “persona humana” constituya -tanto por el reconocimiento de derechos como de obligaciones como por su posibilidad de acceso a mecanismos de protección- un sujeto, no digamos ya “derivado” del Estado sino que se ubica a su par, para disputar esta deformación por la cual el Estado, mediante el argumento de ostentar derechos, trata de asegurar su propia supervivencia aún a costa de amputar alguno de sus consagrados elementos constitutivos (su población: matanzas, represiones y/o desapariciones mediante, sólo por ejemplo) y cercenar al máximo las garantías que debería acordar a todas estas personas sujetas a su jurisdicción; en este sentido, la estrategia de la desnacionalización fue a la población judía de principios de siglo lo que la “ilegalización” a los migrantes contemporáneos. De allí que elementos válidos como “seguridad pública”, “legítima defensa”, “orden público” y conceptos similares puestos a disposición del instrumento Estado o incluso de las organizaciones internacionales terminaran siendo utilizados para justificar muchos

actos<sup>12</sup>.

Esto muestra claramente no sólo como se hace jugar la lógica del interés (autónomo) del Estado, la transformación de una facultad o atribución del Estado en “derecho” del Estado (que no es tampoco el de “seleccionar” su población), sino que se asienta además sobre ciertos supuestos que, aun suponiendo que estuvieran vigentes en 1945, no tienen asidero en el siglo XXI: i) lo “normal” es que las poblaciones permanezcan dentro de los límites del Estado de su nacionalidad: falso; ii) que “todo proceso migratorio se desenvuelve en forma ordenada, con alto nivel de acatamiento de las condiciones establecidas en la legislación de los Estados de recepción”<sup>13</sup>: falso; iii) que esta legislación interna es totalmente factible de cumplir y que el que no la cumple es “porque no quiere”: igualmente falso<sup>14</sup>.

Por otro lado, el tema de la indiscutible facultad de los Estados de fijar su política migratoria olvida que el Estado argentino ha delineado y precisado tal facultad en la nueva ley de Migraciones. Cuando la Corte Interamericana sostiene que “en ejercicio de su facultad de fijar políticas migratorias, los Estados pueden establecer mecanismos de control de ingreso a su territorio y salida de él con respecto a personas que no sean nacionales suyas...”<sup>15</sup> no establece el medio troncal por el cual deban materializarse (ley, decreto, resoluciones, medidas judiciales, etc.) pero sí, que “dichas políticas sean compatibles con las normas de protección de los derechos humanos establecidas en la Convención Americana”<sup>16</sup>.

---

<sup>12</sup> Un libro muy gráfico al respecto: WEISMANN, F. (ed.), *A la sombra de las guerras justas: el orden internacional y la acción humanitaria*, España: Icaria. 2004.

<sup>13</sup> SAN JUAN, César, “Control migratorio y derechos humanos”, *Revista Argentina de Derechos Humanos*, año 2 número 1, Ad Hoc-CELS-UNLA, 2004, pp. 267-324.

<sup>14</sup> La estructura de la ley 25871 mantiene las “categorías migratorias” (sin una categoría para la persona que desea migrar, no hay derecho) que además, están sujetas a numerosas pruebas de documentación. Superada esta instancia, aún existe un set de “causas impeditivas” (art. 29) que pueden obstar al ingreso o la radicación. Este aspecto se explica mucho mejor en la tesis doctoral (“Nueva política migratoria argentina y derechos de la movilidad. Implementación y desafíos de una política basada en derechos humanos a través de las acciones ante el Poder Judicial (2004-2010)”, mimeo, 370 páginas)

<sup>15</sup> Corte IDH, caso *Velez Loor c. Panamá*, Serie C nro. 218, Sentencia del 23/11/2010, párrafo 97. Disponible de manera permanente en: <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>

<sup>16</sup> *Ibidem*.

Para el caso argentino, la política migratoria ha sido fijada por ley (uno de los estándares más altos de seguridad jurídica en materia migratoria, considerando la fragilidad y maraña legislativa de decretos y disposiciones que domina el campo), la cual además es el único instrumento hábil, tal como fue adoptada, para restringir derechos, tal como lo dispone la OC-6/86 de la Corte IDH. No por nada, la ley de migraciones reconoce claramente el derecho a migrar en su artículo 4, con lo cual eleva el estándar establecido por todos los instrumentos y jurisprudencia internacional, que no reconoce tal posibilidad como derecho. De allí que todos los órganos por los cuales se ejerza el poder público (DNM, Poder Judicial, Gendarmería, etc.) se encuentren alcanzados por las mayores obligaciones asumidas por la Argentina en materia de política migratoria (encabezadas por la ley de migraciones<sup>17</sup>) y no puedan llevar adelante acciones que deprecien o restrinjan al punto de anular los alcances de la ley y del marco de derechos humanos donde se inserta.

Por supuesto que el argumento anterior tiene un contrapeso, cual es la segunda parte del argumento de la parte apelante: “el ingreso al país en abierta violación a la ley de Migraciones”, aunque las leyes no puedan presumirse conocidas por los extranjeros. La misma Corte IDH ha reconocido que el *corpus juris* existente en relación con los derechos de los migrantes “no significa que no se pueda iniciar acción alguna contra las personas migrantes que no cumplan con el ordenamiento jurídico estatal”<sup>18</sup>.

Entonces, es posible identificar dos límites, dados por la esfera internacional y el estándar más elevado nacional, respectivamente:

**(i) el estándar internacional:** al adoptar las medidas que correspondan por no cumplir con el ordenamiento estatal, los Estados deben respetar sus derechos humanos [los de las personas migrantes] así como garantizar su ejercicio y goce a toda persona bajo su jurisdicción sin discriminación alguna.

Esto que parece un cliché de la Corte IDH tiene sin embargo un significado

---

<sup>17</sup> Podríamos agregar que ello es así en tanto no sean más benéficas las normas de la Constitución Nacional, que protegen al habitante. Sin embargo, la nefasta jurisprudencia anterior en torno a las personas como habitantes hace preferible separar las aguas hasta que se logre una interpretación acorde que asimile “personas bajo la jurisdicción de un Estado” (según lo que el plano internacional así entiende) con “habitantes de un Estado”.

<sup>18</sup> Ídem, párrafo 100.

muy preciso.

Primero, incluye a todas las medidas (privación de la libertad, actuaciones administrativas, operativos de Gendarmería, etc.) y se refiere ampliamente a “ordenamiento estatal” y no solamente a aquél referido a las migraciones, lo cual acuerda una amplia protección al migrante, sensible sobre todo a la esfera penal.

Segundo, la Corte IDH reconoce, como es usual, dos obligaciones del Estado (respetar, garantizar), lo cual viene a asegurar la necesaria intervención judicial. Como lo explicará la misma Corte más adelante en el fallo *Vélez Loor*, las garantías del artículo 7.5 y 7.6 de la Convención Americana deben ser satisfechas siempre que exista una retención o una detención de una persona a causa de su situación migratoria y “la revisión por parte de un juez o tribunal es un requisito fundamental para garantizar un adecuado control y escrutinio de los actos administrativos que afectan derechos fundamentales”<sup>19</sup> de los y las migrantes, con todo lo que ello implica: recurso efectivo, control suficiente, etc.

Ello da por tierra con algo que lamentablemente hemos visto en sentencias recientes y que tiene que ver con la esfera reservada a la Administración o “cuestiones no judiciales”, lo cual en clave de protección de derechos no es más que asegurar de antemano (ya que claramente la intervención judicial por sí no garantiza una sentencia favorable) la impunidad de la Administración.

El caso “Granados Poma”<sup>20</sup>, fallado (una falla, realmente) por la Sala III de la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal, tratábase de un amparo presentado contra DNM por la decisión de extrañamiento de una persona extranjera que cumplía condena en Argentina. El actor pretendía que el Poder Judicial dirimiera el conflicto entre, por un lado, su derecho a la reunificación familiar (art. 10 de la ley), la igualdad de acceso a servicios sociales (art. 6), tales como el derecho a la readaptación social y a trabajar en la profesión estudiada y por otro, la expulsión decretada por la DNM en virtud del

---

<sup>19</sup> Corte IDH, *Velez Loor*, citado, párrafos 107, 126, 127.

<sup>20</sup> CNCAF, “Granados Poma c. EN-DNM s/ amparo”, Sala III, 02/11/2010. Expediente 4/2010. El.dial.com, AA6679.

artículo 29.c.<sup>21</sup>, que recordemos nuevamente, tratábase de una facultad y no de un “derecho” de DNM<sup>22</sup>.

Lo notorio del caso no es tanto que se confirmara la expulsión, sino la absoluta negación por parte de los jueces de siquiera acceder a hacer una ponderación de los valores en juego, al rechazar la acción de amparo por considerar que no cumplía con el requisito de “arbitrariedad o ilegalidad de carácter manifiesto del acto en cuestión”. Lamentablemente, aquella afirmación de Ceriani, Morales y Ricart acerca de “la opción por remarca las cuestiones formales de acceso a la jurisdicción constituyen un elemento prioritario para la resolución de la acción de amparo”<sup>23</sup>, ya que el mencionado “Granados Poma” no es el único caso.

Más allá de que excedería este trabajo entrar a discutir este requisito de la arbitrariedad o ilegalidad como parte del amparo, lo cierto es que no podemos dejar de notar que el judicial considera que DNM “se limita a la aplicación”, se “limita a considerar” la aplicación de una causal prevista en la ley, por lo cual estima que no puede considerarse que la demandada haya incurrido en una “interpretación parcial de sus disposiciones, ni tergiversado sus fines...si en la disposición impugnada la DNM se limitó a considerar de conformidad con lo dispuesto en la ley 25871”.

Justamente esta “limitación” de DNM es la que hacía necesaria la valoración judicial, interpretando de manera integradora todas las disposiciones que

---

<sup>21</sup> ARTICULO 29.- Serán causas impeditivas del ingreso y permanencia de extranjeros al Territorio Nacional:... c) Haber sido condenado o estar cumpliendo condena, en la Argentina o en el exterior, o tener antecedentes por tráfico de armas, de personas, de estupefacientes o por lavado de dinero o inversiones en actividades ilícitas o delito que merezca para la legislación argentina pena privativa de la libertad de tres (3) años o más;

<sup>22</sup> Reiteramos esto para no tener que leer nunca más una cita que se ha hecho incluso en este siglo XXI y que corresponde a un fallo de 1944 y, claramente, a otro contexto en materia de migraciones: “la Nación tiene derecho a regular y condicionar la admisión de extranjeros en la forma y medida en que, con arreglo a los preceptos constitucionales, lo requiera el bien común en cada circunstancia, y que ello no es incompatible con las garantías de los derechos individuales consagrados por la ley suprema” y su variante “el incuestionable derecho de la Nación a...”, correspondientes a dictámenes del Procurador General en los fallos “Cai Wenhuan” (CSJN, 2004) y “I shing Ni”.

<sup>23</sup> CERIANI CERNADAS, Pablo; Morales, Diego y Ricart, Luciana, “Los derechos de los migrantes en la jurisprudencia argentina”, en Abramovich, Bovino y Courtis (comps.), *La aplicación local de los tratados de derechos humanos: la experiencia de una década* (1994-2005), Ed. Del Puerto, Bs. As., 2006, p. 823.

componen la nueva ley de migraciones y el marco de instrumentos de derechos humanos sobre los cuales la ley se inscribe (primer objetivo declarado de la ley de migraciones, art. 3.a). Acordar con la sentencia es tanto como sostener, en criollo, que como el 50% de la ley (o menos en realidad, ya que el plan migratorio endereza, desde su planteo, a privilegiar los derechos humanos de los migrantes y extranjeros frente a las facultades del Estado) habilita a la Administración a proceder así, ello obsta a considerar el otro 50%, ya que el accionar arbitrario o ilegal no sería “manifiesto”. Lo único manifiesto, parece ser, es que el reclamo no fuera “manifiesto” para los operadores judiciales intervinientes, lo cual sólo trasluce un preocupante desconocimiento del Derecho internacional de los Derechos Humanos y, peor aún, de las obligaciones asumidas por el Estado Argentino en materia de migraciones (que obviamente incluye al Poder Judicial), inexcusable cuando pesa sobre ellos el control de convencionalidad: corregir y encauzar las actuaciones de los demás órganos estatales. Huelga decir que como control judicial es más que pobre y se ubica bastante lejos de los estándares que fija la jurisprudencia internacional.

Tercero, la Corte IDH recuerda que las garantías son para todas las personas bajo jurisdicción del Estado, lo cual significa que una vez que la persona ha ingresado al territorio argentino (sea como sea la manera y el lugar por donde haya ingresado) todos los derechos y garantías de que es acreedor en cuanto persona y en particular en cuanto migrante, le son debidos (expulsión conforme a proceso legal con revisión judicial, acceso a la justicia, acceso a derechos, etc.).

Por último, la Corte IDH puntualiza que las medidas que los Estados adopten contra los migrantes que no cumplan con el ordenamiento jurídico estatal deben ser “sin discriminación”. Esto obsta, por un lado, a la pretensión de ciertos sectores conservadores de “seleccionar” la migración. El Estado tendrá la facultad de fijar su política migratoria, lo cual incluso indebidamente traducido como “la casa se reserva el derecho de admisión”, tiene límites fijados por el marco de derechos humanos que no se compadecen, claramente, con el obsoleto y sí discriminatorio “fomentará la inmigración europea” plasmado en nuestra Constitución.

Por otro lado, la misma ley trae una definición, enunciativa, de lo que con-

siderará actos discriminatorios<sup>24</sup>. Junto con ella, debe recordarse (sobre todo por los generosos términos de la ley argentina de migraciones) que una norma, disposición, acto, etc. pueden ser formalmente imparciales pero generar discriminación en su aplicación concreta (“efectos”), por lo cual no siempre será necesario alegar la inconstitucionalidad de la norma en sí<sup>25</sup>.

**(i) el estándar nacional:** obligación del Estado argentino de propender a la regularización

En el marco de estas facultades del Estado de tomar medidas contra las personas extranjeras que no cumplan con su ordenamiento jurídico, el Estado argentino ha asumido una obligación sin par a la que debe hacer honor: la de regularización.

En efecto, el artículo 17 de la ley dispone que “El Estado proveerá lo conducente a la adopción e implementación de medidas tendientes a regularizar la situación migratoria de los extranjeros”. Esto, ubicado bajo el título “de los derechos y libertades de los extranjeros”, disipa cualquier duda que no pudiera ser contestada con el argumento de las obligaciones implícitas como contracara de los derechos, acerca de que la regularización migratoria es tanto una obligación del Estado como un derecho de las personas extranjeras.

En tanto derecho, puede ser mencionado como componente del “derecho a migrar”. Si el derecho a migrar lo fuera “a tu suerte”, en las condiciones que puedas, en clandestinidad, con la inseguridad (o seguridad) de que si te encuentran sin papeles serás *reconducido* a tu país, no habría tal derecho a migrar (y ninguna diferencia con la situación argentina anterior o la actual en muchos países de Europa).

Por otro lado, si cada persona extranjera detectada en situación administrativa irregular es *extrañado*, no se entiende para quienes son los derechos que el

---

<sup>24</sup> ARTICULO 13.- A los efectos de la presente ley se considerarán discriminatorios todos los actos u omisiones determinados por motivos tales como etnia, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, género, posición económica o caracteres físicos, que arbitrariamente impidan, obstruyan, restrinjan o de algún modo menoscaben el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, los Tratados Internacionales y las leyes.

<sup>25</sup> En el referido caso “Granados Poma”, la Cámara sostuvo, además, que la norma que habilitaba la expulsión del actor no había sido tachada de inconstitucional.

Estado argentino garantiza aún en situación irregular (artículos 7 y 8 de la ley de migraciones, sólo por ejemplo), vendría a ser algo así como: “ejerza sus derechos...hasta que lo encontremos”. Ante la duda, debe estarse a la regularización (tal lo que surge de la convergencia entre el principio pro persona y la obligación del art. 17 de la ley), y mientras tal “duda” persista, debe otorgarse ineludiblemente una residencia precaria, sin perjuicio de lo que luego se decida.

Caso contrario, el Estado estaría incumpliendo su obligación de “adoptar todas las medidas”, so color de que el otorgamiento de residencias siquiera precarias es una facultad de la Administración. Por otro lado y desde la óptica internacional, si la simple firma de un tratado conlleva la obligación de no frustrar su objeto y fin, cuanto más frustra una obligación positiva y vigente el realizar actos contrarios al objeto y fin de la ley de migraciones: derecho a migrar más medidas de regularización.

#### **4. LOS ARGUMENTOS DE LA ADMINISTRACIÓN Y EL PELIGRO INCONTROLABLE**

Quisiera ahora pensar el argumento estatal desde otra perspectiva.

Primero, la persona extranjera que entra de manera “ilegal” debe de ser peligroso, sino de otra manera no se entiende cuál es el “riesgo de permitirse su permanencia” que alega DNM. Veamos donde podría estar el peligro. Asumiendo el cambio de paradigma en la gestión de las migraciones que bien señala la Cámara de Paraná, el discurso sería entonces, aproximadamente, que si permitimos que uno “de afuera” violente abiertamente las normas internas y no lo sancionamos (sino que lo “premiemos” con la estadía en Argentina), estaríamos alentando conductas similares de algún Otro o de los mismos nacionales, permitiendo la “delincuencia administrativa”.

Claro que esto es falaz por al menos dos motivos. Uno, que está claramente demostrado, investigaciones y voces autorizadas mediante, que una ley más restrictiva o directamente prohibitiva de las migraciones<sup>26</sup>, el “intento de tratar de imponer lógicas burocrático-administrativas ideales a una realidad cuya

---

<sup>26</sup> Sólo por ejemplo, véase el apartado “La restricción migratoria”, en MÁRMORA, Lelio, *Las políticas de migraciones internacionales*, Buenos Aires: Paidós-OIM, 2002.

lógica de existencia y reproducción proviene de la compleja trama de los procesos socioeconómicos<sup>27</sup> no va a cambiar el hecho social -un hecho “total”, dice Sayad- y lograr menguar los flujos migratorios: a lo sumo creará “ilegales”, clandestinos y con ello, una mayor vulnerabilidad<sup>28</sup>. Entonces, en esta etiquetación como “ilegal” (como si la ilegalidad flotara en el aire, no tiene rostro más que en el que la porta, no tiene brazo ejecutor detrás) se esconde el verdadero acto productor estatal: la ilegalización.

Véase sino el curso de los migrantes mexicanos a los Estados Unidos -el que desde el 9-11 de 2001 y más aún desde el crack de 2008 ha aprobado leyes altamente restrictivas e incluso criminalizadoras de los y las migrantes las cuales, junto con la tolerancia estadual hacia ciertas prácticas brutales por parte de las patrullas ciudadanas, hace cada vez más difícil el trayecto de los “espaldas mojadas”, aún con toda la retórica de Obama- y las condiciones de brutalidad a que son sometidos los migrantes centroamericanos que cruzan territorio mexicano en su camino a la Meca (desapariciones, palizas, violaciones, cuando no directamente ejecuciones extrajudiciales en masa): nada hace que desistan del viaje.

Nótese por otro lado que pese a la “permisiva” ley de Migraciones que tenemos, según algunos sectores conservadores, no ha habido una avalancha de migrantes: la población nacional de países limítrofes nunca ha superado, en los últimos dos siglos, el 5% de la población argentina total y tampoco lo ha hecho luego de 2010. De hecho, entre 2001 y 2010, la población extranjera total ha aumentado en menos de 300 mil personas. Según las estadísticas de radicación de la DNM para el período 2004-2010 (incluyendo el programa Patria Grande), se han iniciado radicaciones de 1.122.999 personas, de las cuales se resolvieron 926.771, que a su vez no fueron todas favorables: de hecho las radicaciones permanentes, temporarias e incluso transitorias suman 872.372 (77% del total de iniciadas, de las cuales apenas 224.924 correspondieron a

---

<sup>27</sup> MÁRMORA, Lelio, *Las políticas de migraciones...* ob. Cit., p. 81.

<sup>28</sup> BUSTAMANTE, Jorge, “La vulnerabilidad de los migrantes internacionales como sujetos de Derechos humanos”, *Revista Inter Forum*. Disponible en: [http://www.revistainterforum.com/espanol/articulos/121602soc\\_vulnerabilidad\\_migrantes.html](http://www.revistainterforum.com/espanol/articulos/121602soc_vulnerabilidad_migrantes.html). Consultado el 27/11/2011.

---

radicaciones de nacionales del MERCOSUR)<sup>29</sup>.

Considerando que estas son las cifras totales, de todas las nacionalidades y todos los motivos de radicación (académicos, técnicos, religiosos, etc.) de ingreso, estamos bastante lejos de una “avalancha”: Estados Unidos recibe, en un año, 175 mil migrantes legales, 3,8 millones de turistas, 118.000 trabajadores temporales y acompañantes dependientes, 21.000 estudiantes, 8.400 visitantes de intercambio, 6.200 comerciantes e inversores, entre otros, sin contar la inmigración ilegalizada (mexicana, ecuatoriana, dominicana, etc.)<sup>30</sup>. Algo similar a lo que Javier de Lucas señalaba para la “avalancha libia” que España intenta detener: no llegan a las 30 mil personas<sup>31</sup>, sobre una población total española de más de 45 millones de personas (o sea, el 0.06%).

En segundo lugar, el argumento de la apelante también es falaz porque difícilmente pueda sancionarse para lograr el ejemplo, habida cuenta que el nacional argentino nunca podrá infringir la reglamentación que se le aplica. Además, no lo olvidemos, se trata de infracciones meramente administrativas, que conllevan sanciones de naturaleza penal (privación de la libertad, expulsión), aspecto que parece estar siendo pasado por alto. En un país donde ahora incluso la sanción en días de “arresto” para el personal militar es actualmente nominal (se ha transformado en una nota en el legajo, me contaban), es difícil entender, siempre en términos de técnica jurídica, que una infracción administrativa sin correlato penal pueda privar a una persona de su libertad.

Finalmente, el ingreso clandestino, lejos de demostrar la “mala fe” de los nacionales chinos, como arguye DNM (primer párrafo del considerando II), hace presumir más bien un estado de necesidad, que incluso para la comisión

---

<sup>29</sup> Datos extraídos de las estadísticas de DNM: “Informe estadístico Programa Patria Grande”, agosto 2010; “Radicaciones iniciadas permanentes y temporarias. Período 2004-2010”, disponibles en: [www.migraciones.gov.ar](http://www.migraciones.gov.ar) (Consultado el 27/11/2011). Véase también NOVICK, Susana, “Políticas migratorias en la Argentina: experiencias del pasado, reformas actuales y expectativas futuras”, en *Estado actual y perspectivas de las políticas migratorias en el MERCOSUR*, Montevideo: FLACSO, 2010, pp. 25-53.

<sup>30</sup> Cifras al 2004, *Border Study*, citado por Sassen, Saskia, “La política migratoria del control a la regulación”.

<sup>31</sup> DE LUCAS, Javier, “El derecho humano a migrar”, Conferencia presentada en *Encuentro de Defensa de los Derechos Humanos de las Personas Migrantes y Refugiados*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 23 de junio de 2011.

de delitos (penales en sentido estricto) daría pie para, sin por ello desconocer la ocurrencia y autoría del delito, declarar la ausencia de responsabilidad penal.

Todo esto, entonces, nos permite dudar de la eficacia de la sanción administrativa como forma de “prevención migratoria”.

## **5. CONTROL MIGRATORIO, REGULARIZACIÓN Y DERECHOS**

Recapitulando. Sobre el ejercicio de sus facultades por DNM, la Cámara de Paraná no deja de reconocer las facultades de control que tiene ésta, y precisa sus límites. Distingue al respecto dos momentos: el control en frontera y el control en tránsito.

El primero se halla regulado en el artículo 35 (acreditación de identidad, posibilidad de rechazo en frontera, recursos que la persona podría interponer, etc.). El segundo, dice la Cámara, regulado a partir del artículo 61, “establece los deberes relativos a la constatación, ya dentro del país, de una situación de supuesta irregularidad migratoria”. Siendo ello así distinguido, deja por demás en claro que traspasada la frontera e ingresada la persona al país”, las reglas del artículo 35 se tornan absolutamente inaplicables, pues, recordamos aquí, la persona ya se encuentra claramente “bajo jurisdicción del Estado”.

¿Cómo debe actuar el estado argentino a través de la DNM en el supuesto de entender que se encuentra frente a un caso de irregularidad migratoria? En esto la Cámara se sirve de los casos anteriores citados y que hemos comentado al comienzo de este artículo.

Primero, debe conminar a regularizar la situación, otorgando un plazo para ello y apercibiendo a la persona que si no lo hace, se decretará su expulsión, todo ello mediante la formación del correspondiente expediente administrativo<sup>32</sup>. Por supuesto que ni el plazo ni los requisitos deben ser irrazonables, como primera pauta, puesto que en realidad no deben ser discriminatorios: ni a nivel general (discriminación por nacionalidad, por ejemplo) ni en la aplicación al caso concreto, por ejemplo, la solicitud de partida de nacimiento a quien no ha sido inscripto, supuesto no tan lejano incluso para muchos argen-

---

<sup>32</sup> La versión de la sentencia de que dispongo no tiene párrafos o numerales, por lo cual se hace difícil referir al lugar de extracción de la cita.

tinios en situación vulnerable, hace presumir que tal requisito puede ser discriminatorio. La carga de que no lo es, corresponde, por tanto, al Estado, y no al amparista.

Pero hay situaciones más graves que la dificultad de acercar una partida de nacimiento: la falta de “criterio de radicación” (esto es, que el Estado no ha previsto una categoría administrativa, migratoria, para la situación de la persona), la falta de prueba del ingreso legal e incluso las amplias y discrecionales “causales impeditivas” se erigen como verdaderos obstáculos (existen más barreras a cruzar, no es sólo la frontera física) y su aplicación suele bordear entre lo irrazonable y lo perverso<sup>33</sup>. En la perversidad, debe analizarse si existe una mayor maternidad de personas de nacionalidad china residiendo en Argentina y cómo ella se relaciona con la falta de criterio de radicación.

Sigue diciendo la Cámara, “la expulsión no es ejecutable directamente por la autoridad administrativa...sino que tiene efecto suspensivo, dado que debe mediar intervención judicial de revisión de la decisión administrativa”. Ello, porque bajo la ley 25.871, todos los “actos administrativos migratorios que involucran personas no son ejecutables sin intervención judicial”.

Todo esto es así porque, como hemos dicho en párrafos precedentes, si a toda persona extranjera que se detectara en situación “ilegal” se lo expulsara sin trámite previo y en virtud de lo dispuesto en algunas de las causales del artículo 29, las obligaciones asumidas por el Estado argentino en torno a promover la regularización no tendrían sentido, y los derechos que se gozan incluso en situación de irregularidad serían para nadie.

Por otra parte, el Estado argentino ha asumido obligaciones más gravosas que las dispuestas por los instrumentos internacionales en esta distinción entre “regulares” e “irregulares”. Unas, por ejemplo, en cuanto a la Convención para la Protección de los Trabajadores Migratorios y sus Familias (CM). No sólo la

---

<sup>33</sup> Sería muy extenso dar cuenta aquí de la investigación que soporta esta y otras afirmaciones, surgida de la revisión de expedientes de DNM y de entrevistas y conversaciones más informales con informantes claves (abogados del CELS, defensores oficiales, abogados particulares y otros y otras). Normalmente, si la persona encuentra una de estas barreras administrativas y tiene, por ejemplo, familia en Argentina (pero no tiene visa de ingreso), DNM otorga “dispensas”. Sin embargo, estas dispensas son sólo excepcionales, dependen de la buena voluntad de DNM y más que otorgadas por DNM, parecen haberle sido arrebatadas.

ley argentina no acota su aplicación a “trabajadores” migrantes sino que es incluso más favorable a la persona en varios aspectos. Por ejemplo, cuando esta Convención CM distingue en dos grandes títulos los derechos que los Estados parte reconocen a los migrantes regulares y a los irregulares.

En la parte III, establece un núcleo básico de derechos que deben gozarse con independencia de la condición administrativa (que en la CM incluye la autorización a desarrollar actividades remuneradas) que no difiere del piso dispuesto, para todas las personas, en instrumentos tales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos o el Pacto IDCyP. Lo que hace en realidad es reafirmar y dejar en claro que ciertas prácticas que los Estados llevan adelante contra los migrantes menoscaban los derechos que deberían gozar.

En algunos puntos, la CM regula “en menos”. Cuando en el artículo 17 dispone que “Todo trabajador migratorio o familiar suyo que se encuentre detenido en un Estado de tránsito o en el Estado de empleo por violación de las disposiciones sobre migración será alojado, en la medida de lo posible, en locales distintos de los destinados a las personas condenadas o a las personas detenidas que esperen ser juzgadas” (subrayado agregado), tal nivel de protección es menor que el plasmado en la jurisprudencia del sistema interamericano, que dispone claramente, y no “en la medida de lo posible”, que los migrantes deben tener alojamiento en lugares distintos a los destinados a las personas condenadas o en prisión preventiva<sup>34</sup>.

Claro que en algún otro punto la CM eleva las normas contenidas en los tratados generales. Cuando el artículo 22.2. de la CM dispone que “los trabajadores migratorios y sus familiares sólo podrán ser expulsados del territorio de un Estado Parte en cumplimiento de una decisión adoptada por la autoridad competente conforme a la ley”, no distingue, como sí lo hace el PIDCyP o la Convención Americana, entre migrantes legales o ilegales<sup>35</sup>.

---

<sup>34</sup> Por supuesto que el derecho internacional y sobre todo, el DIDH ha avanzado (la convención es del noventa y la jurisprudencia citada data de casi 20 años después). Este desarrollo progresivo impone que se aplique la norma e incluso la interpretación más favorable a la persona humana.

<sup>35</sup> El art. 22 de la Convención Americana sobre DDHH dispone en su inciso 6 que: “6. El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado parte en la presente Convención, sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley”, con lo cual a nivel legal puede plantear dudas respecto a la situación de los extranje-

En la parte IV, la CM consagra “Otros derechos de los trabajadores migratorios y sus familiares que estén documentados o se encuentren en situación regular”, cuyos estándares han sido mejorados por la legislación argentina. De hecho, de la lectura de la ley argentina de migraciones sólo se desprenden tres situaciones que requerirían ingreso o permanencia legal: (i) el ingreso de ciertos bienes libres de impuestos, para los residentes permanentes (artículo 15), (ii) la autorización a realizar trabajos por cuenta propia, si el extranjero ha sido admitido (solamente) para ejercer un empleo (art. 19.c). Para dicha autorización se toma en cuenta el plazo de residencia legal; (iii) el desempeño de actividades lucrativas o remuneradas, reservadas para residentes legales (incluso titulares de residencias precarias), lo cual no excluye, de todas formas, sus derechos laborales si ha trabajado.

Por ello, toda otra interpretación que pretenda hacer valer la situación de irregularidad administrativa como causal de expulsión sin el procedimiento previsto -que incluye amplia y suficiente revisión judicial en al menos doble instancia- es improcedente. En esta interpretación que no discrimina entre “regulares” e “irregulares”, el desarrollo jurisprudencial interamericano que obliga a la Argentina ha mejorado las condiciones acordadas convencionalmente a los extranjeros, sobre todo en materia de expulsión. Si el artículo 22.6 de la Convención Americana sólo acordaba el derecho a ser expulsado de un territorio en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley para los extranjeros que se hallaran legalmente en el territorio de tal Estado, la reciente jurisprudencia del sistema interamericano de protección de derechos humanos lo garantiza para todos los extranjeros, ya que entiende que “el debido proceso legal es un derecho que debe ser garantizado a toda persona, independientemente de su estatus migratorio”<sup>36</sup>. Más aún, “en procedimientos administrativos o judiciales en los cuales se pueda adoptar una decisión que implique la deportación, expulsión o privación de libertad” hay ciertas garantías mínimas que deben cumplirse: notificación del derecho a la asistencia consular y asistencia jurídica gratuita, la cual no se suple con la asesoría de organizaciones

---

ros que se hallen ilegalmente en dicho territorio, aunque la jurisprudencia interamericana ha desarrollado estándares de protección frente a la expulsión también para extranjeros en situación migratoria irregular, como mencionaremos más adelante.

<sup>36</sup> Caso Vélez Loor, ob. Cit., párrafo 144 y OC-18/03, párrafo 121 y 122.

no gubernamentales.

Finalmente, una interpretación armónica de la ley de Migraciones (que dispone dos momentos para la expulsión) no puede dar otra conclusión que la mencionada por la Cámara (en el sentido de distinguir las facultades de DNM en uno y otro supuesto), expuesta anteriormente por Chausovsky. En última instancia, en caso de duda debe estarse a la interpretación más favorable a la persona. La expulsión, como queda bien claro en la sentencia, “es una medida extrema y de ultima ratio”, puesto que “la ley migratoria tiende a la regularización del migrante”, cuestión que ya era considerada así por cierta jurisprudencia incluso con anterioridad a la ley de migraciones actual<sup>37</sup>.

## 6. ALGUNAS CONCLUSIONES

De lo expuesto creo que queda claro que:

- El principio rector, como corresponde a una ley que consagra el derecho a migrar, es la libertad ambulatoria del migrante, incluso de aquél sujeto a un proceso de expulsión o *detectado* en cualquier situación de irregularidad administrativa.

- Los Estados tienen la facultad de fijar su propia política migratoria, y Argentina ha ejercido dicha facultad al reconocer a todo extranjero el derecho a migrar, reconocido además como “humano”.

- La ley argentina 25.871, al reconocer el derecho humano a migrar, eleva el estándar establecido por los instrumentos y órganos interamericanos. De allí que todos los órganos por los cuales se ejerza el poder público (Dirección Nacional de Migraciones, Poder Judicial, Gendarmería, etc.) se encuentren alcanzados por las mayores obligaciones asumidas por la Argentina en materia de política migratoria y no puedan llevar adelante acciones que deprecien o restrinjan los alcances del derecho a migrar y del marco de derechos humanos

---

<sup>37</sup> En el fallo “Wan Qingen”, la Cámara Nacional en lo contencioso administrativo federal, sala IV, fallo del 12 de octubre de 2000, considero la naturaleza jurídica de la expulsión: “la expulsión de personas extranjeras por no reunir los requisitos exigidos para su radicación constituye una sanción penal administrativa. La circunstancia de que, en el caso, la medida expulsiva no reúna características de una condena penal, toda vez que no responde a la comisión de un delito sino a incumplimientos de requisitos administrativos, no quita a la sanción su carácter punitivo, en cuanto supone la exclusión de los afectados de la sociedad nacional”. Citado por CERIANI, MORALES y RICART, ob. Cit., p. 847.

donde se inserta.

- Esto no significa que no se pueda iniciar acción alguna contra las personas migrantes que no cumplan con el ordenamiento jurídico estatal, pero que ello presenta dos grandes límites, al menos, dados por la esfera internacional y el estándar más elevado nacional, respectivamente: (i) al adoptar las medidas que correspondan por no cumplir con el ordenamiento estatal, los Estados deben respetar sus derechos humanos así como garantizar su ejercicio y goce a toda persona bajo su jurisdicción sin discriminación alguna y (ii) el Estado argentino ha asumido la obligación de velar por la regularización de la situación migratoria de las personas extranjeras y migrantes, para lo cual debe tomar acciones efectivas.

- La revisión por parte de un juez o tribunal es un requisito fundamental para garantizar un adecuado control y escrutinio de los actos administrativos que afectan derechos fundamentales de los migrantes, con todo lo que ello implica: recurso efectivo, control suficiente, garantías, representación letrada, etc.

- La Corte IDH recuerda que las garantías son para todas las personas bajo jurisdicción del Estado, lo cual significa que una vez que la persona ha ingresado al territorio argentino (de cualquier manera en que haya ingresado) todos los derechos y garantías de que es acreedor en cuanto persona y en particular en cuanto migrante le son debidos (expulsión conforme a proceso legal, acceso a la justicia, acceso a derechos, etc.).

- En el marco de estas facultades del Estado de tomar medidas contra los extranjeros que no cumplan con su ordenamiento jurídico, el Estado argentino ha asumido una obligación sin par a la que debe hacer honor: la de propender a la regularización de las personas que, estando bajo su jurisdicción (lo cual incluye en su territorio pero no sólo), encuadren una situación migratoria irregular. Esto reconoce que la “irregularidad” es producto del Estado, y debe tomar las medidas para evitar que sus actos produzcan “ilegales”. Asimismo, dentro del derecho a migrar, la regularización puede ser subsumida como un derecho específico. Ello, porque si cada extranjero detectado en situación administrativa irregular es *extrañado*, no tendrían sentido los derechos que el Estado argentino garantiza aún en situación irregular (artículos 7 y 8, sólo por ejemplo). Por ello, “ser regular” es también un derecho.

- El ingreso clandestino, lejos de demostrar la “mala fe” -de los nacionales chinos, en el caso concreto, como arguye DNM en el caso comentado- hace presumir más bien un estado de necesidad, que incluso para la comisión de delitos (penales en sentido estricto) daría pie para, sin por ello desconocer la ocurrencia y autoría del delito, declarar la ausencia de responsabilidad penal.

- De la lectura de la ley argentina de migraciones sólo se desprenden tres situaciones que requerirían ingreso o permanencia legal: (i) el ingreso de ciertos bienes libres de impuestos, para los residentes permanentes (artículo 15), (ii) la autorización a realizar trabajos por cuenta propia, si el extranjero ha sido admitido (solamente) para ejercer un empleo (art. 19.c). Para dicha autorización se toma en cuenta el plazo de residencia legal; (iii) el desempeño de actividades lucrativas o remuneradas, reservadas para residentes legales (incluso titulares de residencias precarias). En consecuencia, toda otra interpretación que pretenda hacer valer la situación de irregularidad administrativa frente a cualquier otra situación o como causal de expulsión sin el procedimiento previsto -que incluye amplia y suficiente revisión judicial en al menos doble instancia- puede resultar violatoria y generar responsabilidad para el Estado argentino.

- El Estado argentino, justamente, ha asumido obligaciones más gravosas que las dispuestas por los instrumentos internacionales en esta distinción entre “regulares” e “irregulares”.

- En cuanto a los requisitos del amparo, un último aspecto debe ser tenido en cuenta. El consagrar un derecho como humano busca, justamente, imponer un fuerte límite al Estado, sus facultades, su soberanía; volver tal derecho inderogable, progresivo, universal y consustancial con la persona que no pueda ser retrotraído por los actos internos. Parafraseado la definición de derechos humanos de Perez Luño - “un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional”- implica que en este momento histórico, el derecho a migrar, el derecho a la reunificación familiar, el acceso a la salud y a educación, entre otros, plasman las exigencias de la dignidad y la igualdad humanas del extranjero frente al Estado.

De allí que no podamos perdernos en los laberintos formales, probatorios, de poner de resalto lo “arbitrario o ilegalmente manifiesto” en el actuar estatal, cuando el Estado mismo (mediante una ley que amplía los derechos de mínima de los instrumentos internacionales) se ha fijado un límite, ha definido su política migratoria y en definitiva, limitado sus facultades al reconocer derechos humanos tales como a migrar. La presunción de legalidad construida para los actos estatales -según la cual lo contrario debe probarse y para el caso del amparo, esto contrario debe ser además “manifiesto”- encuentra un límite en los derechos, más aún si son humanos, ya que toda restricción debe cumplir ciertos requisitos que van más allá del simple control de razonabilidad: objetividad, proporcionalidad, menor lesividad, adecuación, etc.- y es el Estado quien debe probar que la restricción es una distinción válida y no constituye “discriminación”<sup>38</sup>.

Por ello, no estamos frente a un conflicto de derechos (del extranjero, de la DNM) donde es necesario hacer una ponderación, sino de un derecho frente a una facultad meramente instrumental, donde ante el cuestionamiento de esta última por lesionar presuntamente un derecho se invierte la carga de la prueba siendo el Estado, entonces, el que debe probar que, pese al derecho invocado, ejerce su facultad de conformidad con los parámetros que permiten restringir o suspender el ejercicio de tal derecho.

- Hay un último tema que no querría dejar de mencionar, ya fuera de “programa”, y que tiene que ver con la vigencia de la ley 25871: no ha faltado argumento, en algún otro caso, que puntualizara que la ley de Migraciones no estaba vigente por falta del Decreto reglamentario<sup>39</sup>. Aunque la cuestión ha devenido abstracta con la aprobación del Decreto 616/2010, es necesario puntualizar que no es posible entender que la falta de derogación y “retención de validez” del Reglamento de Migraciones del Decreto 1023/94 implicaba que la

---

<sup>38</sup> Más al respecto: GARCÍA, Lila, “Extranjería, ilegalidad y la medida entre la discriminación y la distinción permitida”, *Revista Migraciones*, número 26, Madrid, 2009, pp. 11-40. Resumen disponible en: [http://www.upcomillas.es/centros/iem/cent\\_iem\\_public\\_migr\\_26.aspx](http://www.upcomillas.es/centros/iem/cent_iem_public_migr_26.aspx). Consultado el 27/11/2011.

<sup>39</sup> Dictamen del Procurador General en el caso “Maseda López”, CSJN, 26/09/2006.

ley no estaba vigente<sup>40</sup>. Sería tanto como reconocer la mayor jerarquía de un acto administrativo por sobre un acto legislativo, cuestión que si es gravísima en términos de jerarquía normativa, tanto más si estamos en el campo de los derechos humanos. La clásica y supuesta distinción entre derechos “operativos” y “programáticos” no tiene lugar si se trata de derechos humanos, por cuanto en su caso, la falta de “programación” por parte de los Estados tiene entidad para constituir, en última instancia, un incumplimiento bajo casi cualquier tratado de derechos humanos. Cuanto mucho, si un derecho es presuntamente “programático”, ello habilita su demanda de reglamentación o efectivización ante el Estado de que se trate (art. 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por ejemplo), pero nunca la negación, suspensión o “no vigencia” de tal derecho.

De este racconto, surge que, frente a toda persona “detectada” en situación irregular por el Estado, debe este intimar a regularizar en plazo y bajo requisitos *razonables* (incluyendo razonabilidad aplicada al caso concreto), previo otorgamiento de una residencia precaria, obligatoriamente. Con otros argumentos que exceden el presente artículo, también debe otorgarse una residencia precaria a toda persona que se encuentre tramitando recursos administrativos o judiciales que justamente tengan que ver justamente con su situación migratoria. Caso contrario la efectividad de tales recursos se ve más que seriamente comprometida, dado que en cualquier momento la persona puede ser expulsada, acto que justamente se encuentra en disputa.

Esta residencia precaria, por si fuera poco, no obsta a que luego se deniegue la residencia solicitada. Al denegar una precaria, el Estado que toma conocimiento de una persona en una situación de irregularidad migratoria no toma todas las medidas conducentes a regularizar la situación de la persona del artículo 17 de la ley 25871 (donde la primera medida es cesar, siquiera provisoriamente, con la situación de irregularidad, mediante el otorgamiento de una residencia precaria), sino que deja que permanezca en una situación que además es de alta vulnerabilidad, por no decir que la expone a que nuevos contro-

---

<sup>40</sup> El art. 124 de la ley 25871 dispuso: “Derógase la ley 22.439, su decreto reglamentario 1023/94 y toda otra norma contraria a la presente ley, que no obstante retendrán su validez y vigencia hasta tanto se produzca la entrada en vigor de esta última y su reglamentación”.

les que perpetúan su situación de inseguridad. No otorgar, en tales casos, una residencia precaria, es realmente fabricar un “ilegal”. Esta obligación por supuesto no se agota en DNM, sino que recae en el Poder Judicial, el cual no puede argumentar una cuestión de derecho interno (requisitos del amparo, no justiciabilidad de la cuestión) para menoscabar derechos reconocidos como humanos.

Todos estos derechos, en particular económicos y sociales, plasmados en la ley argentina son de la mayor importancia, pero su ejercicio y reclamo depende, en definitiva “de las posibilidades que tenga, a su vez, para asegurar su permanencia bajo la jurisdicción de aquel [el estado] y esto es precisamente lo que el extranjero no tiene asegurado ante la posibilidad de ser deportado”<sup>41</sup> en cualquier momento.

En cuanto al título convocante de este y muchos otros artículos y blogs, “ningún ser humano es ilegal”, creo en mantener el uso del término “ilegalidad” aunque por cuestiones de practicidad hemos utilizado “regularidad” e “irregularidad” para referirnos a la situación migratoria de una persona que no se adecua a la ley. Si un ser humano puede ser catalogado como “ilegal”, si puede ser “ilegalizado”, eso nos dice algo acerca de la ley, de su aplicación y de las acciones estatales. Como he explicado en otro lado<sup>42</sup>, creo que más allá de la falta de acuerdo sobre el uso de “indocumentado”, “ilegal” o “irregular”, este último término opaca lo que es justamente una *regularidad* en los procesos migratorios internacionales: traspasar fronteras cuando un fuerte aparato gubernamental y social lo prohíbe es la *norma*, lo *regular*. Visto desde otro lado, un *irregular* nos hace pensar en un *anormal*.

La ilegalidad es así síntoma de un orden de cosas que lucha por emerger, señalando que es una situación dada que debe ser vista sólo en relación a una norma. Es además la situación más clara: es migrante *ilegal* porque la ley lo dice, lo cual es un dato sobre la ley pero también, sobre lo que hay que cambiar, porque que una ley o su aplicación pueda declarar que una persona es un

---

<sup>41</sup> SAN JUAN, ob. Cit., p. 272.

<sup>42</sup> GARCÍA, Lila, *Migración y Derechos Humanos. Implicancias de la Nueva Política Migratoria Argentina*, Serie tesis nro. 22, La Plata: Instituto de Relaciones Internacionales-Universidad Nacional de la Plata, 2010.

---

paria en esta tierra, es un acto de barbarie, y quizás, como ha dicho De Lucas<sup>43</sup>, las generaciones venideras se horroricen de cómo son tratados extranjeros, migrantes y nómadas de este siglo XXI.

---

<sup>43</sup> DE LUCAS, Javier, “Derecho Humano a migrar”, conferencia citada.

---

**BIBLIOGRAFÍA**

BUSTAMANTE, Jorge, “La vulnerabilidad de los migrantes internacionales como sujetos de Derechos humanos”, *Revista Inter Forum*. Disponible en: [http://www.revistainterforum.com/espanol/articulos/121602soc\\_vulnerabilidad\\_migrantes.html](http://www.revistainterforum.com/espanol/articulos/121602soc_vulnerabilidad_migrantes.html)

CERIANI CERNADAS, Pablo; Morales, Diego y Ricart, Luciana, “Los derechos de los migrantes en la jurisprudencia argentina”, en Abramovich, Bovino y Courtis (comps.), *La aplicación local de los tratados de derechos humanos: la experiencia de una década (1994-2005)*, Ed. Del Puerto, Bs. As., 2006.

DE LUCAS, Javier, “El derecho humano a migrar”, Conferencia presentada en *Encuentro de Defensa de los Derechos Humanos de las Personas Migrantes y Refugiados*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 23 de junio de 2011

GARCÍA, Lila, *Migración y Derechos Humanos. Implicancias de la Nueva Política Migratoria Argentina*, Serie tesis nro. 22, La Plata: Instituto de Relaciones Internacionales-Universidad Nacional de la Plata, 2010.

“Libertad y seguridades nacionales en tiempo real. De la regulación de las migraciones al control total”, en AAVV, *Caminos de la libertad*, Ciudad de México: Fundación Grupo Salinas y TV Azteca, 2010, pp. 220-256.

“Extranjería, ilegalidad y la medida entre la discriminación y la distinción permitida”, *Revista Migraciones*, número 26, Madrid, 2009, pp. 11-40.

MÁRMORA, Lelio, *Las políticas de migraciones internacionales*, Buenos Aires: Paidós-OIM, 2002.

MONCLÚS MASÓ, Marta, *Gestión penal de la inmigración*, Buenos Aires: Del Puerto, 2008.

NOVICK, Susana, “Políticas migratorias en la Argentina: experiencias del pasado, reformas actuales y expectativas futuras”, en *Estado actual y perspectivas de las políticas migratorias en el MERCOSUR*, Montevideo: FLACSO, 2010, pp. 25-53.

---

PÉREZ LUÑO, A., “El concepto de los derechos humanos y su problemática actual”, *Derechos y libertades*, año 1 nro. 1, 1993. pp. 179-195.

SAN JUAN, César, “Control migratorio y derechos humanos”, *Revista Argentina de Derechos Humanos*, año 2 número 1, Ad Hoc-CELS-UNLA, 2004, pp. 267-324.

SASSEN, Saskia, “La política migratoria. Del control a la regulación”, *Minerva. Revista del Círculo de Bellas Artes*, nro. 5, 2006. Disponible en <http://www.revistaminerva.com/articulo.php?id=145->

WEISMANN, F. (ed.), *A la sombra de las guerras justas: el orden internacional y la acción humanitaria*, España: Icaria. 2004.

#### **INFORMES, SENTENCIAS**

Cámara Federal de Paraná, “Azeng Xiankai s/ hábeas corpus”, sentencia del 22/06/2004.

Cámara Federal de Paraná, “Ali Yun, Lingyan Zheng y otros s/hábeas corpus”. Sentencia del 10/12/2004.

Cámara Federal de Paraná, “Dai Jianqing y otros s/ hábeas corpus”. Cámara Federal del Paraná, sentencia del 11 de junio de 2011.

CNCAF, “Granados Poma c. EN-DNM s/ amparo”, Sala III, 02/11/2010. Expediente 4/2010. El.dial.com, AA6679.

Corte IDH, caso *Velez Loor c. Panama*, Serie C nro. 218, Sentencia del 23/11/2010, párrafo 97. Disponible de manera permanente en: <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>

DNM, “Informe estadístico Programa Patria Grande”, agosto 2010; “Radiaciones iniciadas permanentes y temporarias. Período 2004-2010”, disponibles en [www.migraciones.gov.ar](http://www.migraciones.gov.ar).

Procurador General de la Nación, dictamen en “Maseda López s/hábeas corpus a favor de Dong Cun Feng”. Corte Suprema de Justicia de la Nación, sentencia del 26/09/2006.

Procurador General de la Nación, dictamen en “Cai Wenhuan, Yang Guoqiang, Yang Aiqiong y otros s/hábeas corpus”. Corte Suprema de Justicia de la Nación, sentencia del 15 de abril de 2004.

---

Procurador General de la Nación, dictamen en “I-Hsing Ni s/carta ciudadanía”. Corte Suprema de Justicia de la Nación, sentencia del 23/06/2009.