

Estándares migratorios en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y derecho a migrar en Argentina

por LILA GARCÍA⁽¹⁾

I | Presentación

Uno de los rasgos más importantes de lo que se ha dado en llamar “Nueva Política Migratoria Argentina” es el reconocimiento de un derecho inédito tanto a nivel internacional como a nivel del derecho comparado, que sólo fue reiterado por la legislación uruguaya de 2008: el derecho a migrar. Mediante la sanción de la ley 25.871, en 2004 Argentina ha asumido una responsabilidad regional a través del reconocimiento de aquel derecho y otros, que incluso superan los parámetros internacionales, que fue señalado como “a major step forward for the rights of immigrants, not only in Argentina but throughout the world”, modelo para el avance de los derechos de los migrantes y la política migratoria⁽²⁾ El art. 4 de la referida normativa dice:

.....

(1) Investigadora adscripta del Instituto de Investigaciones Jurídicas “Ambrosio. L Gioja”, Facultad de Derecho, UBA. Candidata al Doctorado en Derecho; becaria doctoral del CONICET. Magíster en Relaciones Internacionales. Abogada.

(2) HEINES, BÁRBARA, “The right to migrate as a human right: the current argentine immigration law”, *Cornell International Law Journal*, n° 43, 2010, p. 471 y ss.

“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”.

Las consecuencias del reconocimiento de este derecho no han sido enfatizadas lo suficiente. De hecho, los derechos de las personas migrantes son uno de los últimos resabios de aquella idea que consideraba a la población como un elemento respecto del cual se aplica el principio de no injerencia en los asuntos domésticos; si posicionar a la persona humana como sujeto —frente a su propio Estado— fue una lucha que acaparó la segunda parte del siglo XX, esgrimir derechos de los migrantes —frente al Estado del cual no son nacionales— es uno de los grandes desafíos del siglo XXI caracterizado por grandes estrategias restrictivas y hasta institucionalmente discriminatorias o criminalizadoras en los principales países receptores de migración. La Directiva de Retorno de la Unión Europea, la Ley Arizona en los Estados Unidos, la nunca lograda reforma migratoria prometida por Barack Obama conforman algunos de los escenarios frente a los cuales— desde los países emisores y la sociedad civil en particular— se comenzó a bregar por incorporar una perspectiva de derechos humanos a las políticas migratorias de los Estados. El hecho de que Latinoamérica tuviera una de las primeras voces en este proceso— sobre todo como emisora de migrantes— puso también en primer plano el doble discurso al que se veía enfrentada, estamos haciendo alusión al trato que los “otros” otorgaban a los “propios” latinos en el exterior, el cual no era muy distinto del otorgado a los “ajenos” puertas adentro. La idea de empezar por casa parece haber sido una de las causas por las cuales desde 2004 —Argentina en 2004, Uruguay en 2008, Costa Rica en 2010, Nicaragua y México en 2011, etc.—, las legislaciones latinoamericanas comienzan a incorporar, si no una visión de derechos humanos, al menos una apelación a ellos e incluso algunos parámetros concretos.⁽³⁾

Argentina conforma una de las primeras experiencias de incorporación de derechos humanos a un ámbito reservado naturalmente al ámbito interno. La migración fue reconocida como derecho “humano”⁽⁴⁾—una conclusión

(3) Un primer balance sobre esta incorporación. Ver CERIANI, PABLO “Luces y sombras en la legislación migratoria latinoamericana”, en revista *Nueva Sociedad*, n° 233, 2011, pp. 68/86.

(4) CERIANI CERNADAS, PABLO, “Nueva ley: un paso hacia una concepción distinta de la migración”, *Migración: un derecho humano*, Bs. As., Prometeo, 2004.

necesaria si estamos atentos a los caracteres con que fue reconocido este derecho (esencialidad, inalienabilidad) y los principios sobre los cuales se basa (igualdad y universalidad), elementos definitorios del ser “humano” de un derecho— Sin embargo, esta experiencia no encuentra correlato a nivel internacional, aunque noveles autores con los cuales he podido discutir ésto sindiquen su existencia a partir de la efectividad que debe acompañar al derecho a salir de cualquier Estado⁽⁵⁾; no es un caso donde haya una indeterminación que permitiría aplicar ciertos principios (como el de efectividad o el de progresividad), sino que específicamente el SIDH parte de la soberanía estatal, al reconocer que los Estados tiene la facultad de fijar su propia política migratoria y en tal ejercicio, pueden establecer mecanismos de control de ingreso a su territorio y salida de él con respecto a personas que no sean nacionales suyas, siempre que dichas políticas sean compatibles con las normas de protección de derechos humanos establecidas en la Convención Americana⁽⁶⁾. Aún cuando pudiéramos derivar un derecho humano a migrar del derecho a salir, la contracara sería apenas un derecho a ingresar.

De Lucas⁽⁷⁾ señala algunas características de aquella ausencia internacional del derecho a migrar:

- a. estamos lejos de un reconocimiento universal;
- b. entre los motivos del rechazo a reconocer la migración como derecho, se encuentra la falta de toma de posición de Naciones Unidas;⁽⁸⁾

.....

(5) Discusión virtual con Ezequiel Heffes.

(6) CIDH, “Informe sobre inmigración en Estados Unidos: detenciones y debido proceso”, OEA/Ser.L/V/II.Doc. 78/10, 30 de diciembre de 2010.

(7) DE LUCAS, JAVIER, “El derecho humano a migrar”, Conferencia pronunciada en el marco del Encuentro de Defensa de los Derechos Humanos de las personas migrantes y refugiados —homenaje al Profesor Gabriel Chausovsky— Ministerio Público de la Defensa, AECID y Ministerio de Relaciones Exteriores, Bs. As., 23 y 24 de junio de 2011.

(8) En este punto, debe notarse que incluso la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (CTM), ha elevado la característica de “legalidad” a un parámetro que distribuye derechos; si pensamos en el rol de la legalidad o la ilegalidad en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), limitado a la residencia, la circulación y alguna garantía adicional para el trámite de expulsión (art. 22), debería sorprendernos el estatus superior que esta “legalidad” adquiere en la CTM, donde es la llave para acceder a ciertos derechos. Esta convención organiza su contenido de derechos en dos grandes secciones: los destinados a todos los trabajadores migratorios y sus familiares (parte II y III), mínimos y aquellos otros derechos de los trabajadores y familiares “documentados o en situación regular”.

- c. la mirada de los actores es de sospecha y estigmatización;
- d. a través del derecho se ha construido un concepto normativo de la inmigración (se refiere aquí a la Unión Europea específicamente) que reduce el concepto “científico”, descriptivo. El Derecho, al plantear la dicotomía legal-ilegal enviaría así un mensaje a la población: quién puede ser recibido y por qué. Esto parece reforzar la idea de Noll⁽⁹⁾ de que el planteo de los derechos “...nos seduce para ubicar la responsabilidad por la ausencia de protección en el individuo indocumentado en lugar del Estado”. Aunque Noll se refiere a la universalidad como causante de tal efecto, todo parecería indicar que “hay algo” en el derecho—particularmente el referido a las migraciones—que mina algún aspecto fundamental de la protección en derechos humanos; hasta donde puedo ver, la principal categoría de “legal” e “ilegal”, además de trasuntar la idea de delincuencia (a partir de la identificación de ésta con lo que está fuera de la ley) es el mismo planteo de la ley, lo legal, como habilitante de derechos lo que conspira contra el concepto mismo de derechos humanos, reducidos nuevamente a la órbita del ordenamiento interno.

Sin embargo, justamente uno de los valores de reconocer como “humano” un derecho es la posibilidad de volverlos autónomos respecto del derecho interno, no escindidos, pero con un ámbito propio que, además, plantea un nuevo punto de partida.

Sostienen Vior y Bonilla que:

“... la República Argentina ha invertido la regla histórica vigente desde la aparición de los Estados territoriales en el siglo XVII: ya no es el Estado el que decide qué personas y grupos, qué características fenotípicas y dotación simbólica, con qué habilidades y disposiciones se va a incorporar a la comunidad política que el Estado gobierna, sino que son las personas y los grupos humanos quienes tienen en principio el derecho a decidir en qué organización política quieren vivir y ejercer la totalidad de sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales”.⁽¹⁰⁾

De allí la importancia de reconocer el derecho a migrar: ya no se trataría de política migratoria con derechos humanos; la perspectiva de los derechos humanos viene a plantear otro punto de partida para las políticas desplazan-

(9) NOLL, GREGOR, “*Why human rights fail to protect undocumented migrants*”, *European Journal of Migration and Law*, n° 12, 2010, pp. 241/272.

(10) VIOR, EDUARDO y BONILLA, ALCIRA, “El derecho humano a la migración y las ciudadanía interculturales emergentes: el caso de la minoría de origen boliviano en la Ciudad de Buenos Aires”, Ponencia presentada en el X Congreso de Antropología Social, Posadas, 2008.

do a la soberanía estatal como preocupación central. Aunque del complejo regulatorio argentino no se deriva una opción por las fronteras abiertas, "*it nevertheless reflects a philosophical and human rights orientation*".⁽¹¹⁾ De esta manera, la política migratoria es parte de la política pública —todo acto, medida u omisión institucional (leyes, decretos, resoluciones, directrices, actos administrativos, prácticas e instrumentos estatales en general, etc.)— del derecho a migrar. La posibilidad de oponer un derecho a migrar frente a la política de un Estado comparte todos los componentes de poder argüir un derecho "humano" en general frente al poder estatal, que va desde la apelación a una dimensión de reivindicación hasta la fuerza de poder llamar "violación" a lo que no sería más que un "pacto roto".⁽¹²⁾

Por último, en tanto derecho (el derecho a migrar), éste puede ser reglamentado o restringido. La reglamentación razonable, dice Pinto,⁽¹³⁾ "...es aquella regulación legal del ejercicio de un derecho que, sin desvirtuar su naturaleza, tenga en miras su pleno goce y ejercicio en sociedad...", en tanto que las restricciones legítimas son los límites de tipo permanente que se imponen al ejercicio de algunos derechos en atención a la necesidad de preservar o lograr determinados fines que interesan a la sociedad toda. Sus regulaciones deben ser razonables y las restricciones, justificadas en base a los parámetros fijados a nivel internacional (o de los parámetros más favorables): razonable, objetiva, buscar tutelar un fin legítimo, ser proporcional, adecuada, necesaria para una sociedad democrática, no menoscabar la esencia del derecho ni comprometer otros derechos, y respetar el principio de menor lesividad, etc. La carga de la prueba de estos extremos se encuentra en cabeza del Estado. Asimismo, permite exigir la adopción de medidas (legales, administrativas, judiciales, culturales, en definitiva, "públicas" etc.) que efectivicen tal derecho. Aunque esto no convierte en un derecho a un contenido específico de la política pública, sí obliga a cualquier política que lo promueva, lo respete y lo garantice; la política migratoria argentina es, a este respecto, un piso mínimo.

Luego de estas consideraciones generales cabe preguntarnos: ¿en qué puede consistir el derecho humano a migrar?, ¿cuál podría ser su contenido?

(11) Heines, Bárbara, *op. cit.*

(12) TOMASEVSKI, KATARINA, *El asalto a la educación*, Barcelona, Intermón Oxfam, 2004.

(13) PINTO, MÓNICA, *Temas de derechos humanos*, Bs. As. Editores del Puerto, 1997.

Al disponer la ley argentina que “la admisión, el ingreso, la permanencia y el egreso” de personas es el objeto principal de regulación de la ley 25.871, ello nos pone frente a derechos directamente relacionados con la migración: los de la movilidad misma, una política migratoria *strictu sensu* y, desde la perspectiva del derecho humano a migrar, un núcleo básico. Centrar el análisis en el movimiento es importante por varias razones. Primero, la aplicación de la política migratoria en sentido estricto tiene un mayor grado de discrecionalidad (ej. determinar una estancia “legal” o no queda librado al ordenamiento interno, así como permitir un ingreso, etc.). La segunda razón por la cual los derechos de la movilidad importan como núcleo básico del derecho a migrar tiene que ver con algo que ha sido indicado por, entre otros, César San Juan⁽¹⁴⁾ al señalar que las posibilidades de reclamar el goce y ejercicio de derechos humanos al Estado “...dependerán de las que tenga, a su vez, para asegurar su permanencia bajo la jurisdicción de aquél y esto es, precisamente, aquello que el extranjero no tiene asegurado ante la posibilidad de ser deportado y que, en definitiva, está subordinada en buena medida a la voluntad del Estado receptor”. Por ello, el contenido que se propone para el derecho a migrar es apenas un núcleo básico, formado por los estándares del SIDH en torno a la migración (un mínimo, ya que su aplicación no depende del reconocimiento de un derecho a migrar) y por las determinaciones internas argentinas.

2 | El contenido mínimo del derecho a migrar: los “estándares”⁽¹⁵⁾ del SIDH

El panorama de la migración desde la óptica del SIDH tiene sus bemoles. En primer lugar, parte de los principios estatales de soberanía territorial (un elemento común en los estudios y las políticas de migraciones), lo cual puede

(14) SAN JUAN, CÉSAR, “Control Migratorio y Derechos Humanos”, en *Revista Argentina de Derechos Humanos*, n° 1, 2004, pp. 278 y ss.

(15) El término “estándares” es ampliamente usado en la bibliografía del SIDH, al menos en el campo del derecho estrictamente hablando. Este término no se referiría a la letra de los instrumentos de derechos humanos ni a la jurisprudencia en general, aunque con frecuencia aparece asimilado a esta última y la CIDH lo ha definido como el “conjunto de decisiones judiciales, informes y recomendaciones adoptados”. A los efectos de este trabajo se entenderá “estándar” en un sentido estricto, como la regla de conducta emanada de cualquier órgano del SIDH y dirigida a los Estados. Gracias a Ramiro Riera por alertarme, indirectamente, sobre el uso de este término.

ser bastante curioso si pensamos los derechos humanos como una reivindicación frente al Estado. Segundo, guarda silencio sobre políticas de los Estados que se basan en serios prejuicios contra la migración; sólo por mencionar un elemento, toda la política de "control" migratorio (o de "flujos", o de "corrientes" migratorias) se basa implícita o explícitamente en la amenaza que representan las poblaciones foráneas. Ello, pese a reconocer en un valioso informe del año 2001 que numerosas ideas en torno a la migración no tenían correlato en la realidad. La Relatoría de trabajadores migratorios de la CIDH se encarga de brindar algunos datos para echar por tierra los principales prejuicios en torno a el desplazamiento que las personas migrantes producen en los puestos de trabajo, el "copamiento" de la salud, etc.

En su evaluación sobre este sistema, Víctor Abramovich remarca que se ha avanzado en el tema de los límites a ciertas políticas migratorias, sin embargo es algo "medular" es el derecho a tener derechos (del que hablaba Arendt) más allá de la comunidad política de residencia, es decir, el derecho a migrar. Sobre esto se señalan varias "ficciones" que los Estados americanos organizan para negar derechos a las personas migrantes:

- la de no ingreso al territorio;
- que el migrante irregular estaría fuera de los instrumentos internacionales.⁽¹⁶⁾

También apunta algunas cuestiones sobre lo que el SIDH ha venido desarrollando en materia de derechos de las personas migrantes:

- estándares muy importantes dentro del control de razonabilidad y garantías del debido proceso;
- además de marcar un límite a los Estados, también obligarlos a que den cuenta de la desventaja de ciertos grupos y a dar así un "plus" de protección. Este principio de igualdad estructural muy "tímidamente" el SIDH lo ha comenzado a implementar: niños, indígenas que migran;

(16) De hecho, en Argentina se puede registrar la primera práctica, aún bajo la política migratoria del derecho humano a migrar: cuando DNM "detecta" a una persona en tránsito sin ingreso regular, suele actuar como si se tratara de un rechazo en frontera, contra lo dispuesto en el art. 61 de la ley 25.871 que obliga previamente a intimar a regularizar. Incluso, es interesante anotar que cuando se trata de personas que no pueden probar tal ingreso, DNM arguye que tal circunstancia le permite obviar la obligación de intimar, ya que la persona nunca podrá regularizar. Todo indica que probar un ingreso "legal" es de la máxima importancia, y deja en un segundo plano las causas por las cuales las personas (usualmente chinas o coreanas) han entrado a la Argentina por otros circuitos.

- obligaciones del Estado de adoptar medidas de protección (“debida diligencia”) frente a los patrones de violencia de actores no estatales.

En este marco, hay tres documentos de importancia fundamental en el sistema: la Opinión Consultiva N° 18 de 2003 de la Corte IDH, el caso “Vélez Loor”⁽¹⁷⁾ y al último informe sobre Estados Unidos de la CIDH⁽¹⁸⁾ donde se ocupa de los centros de detención de personas migrantes.⁽¹⁹⁾ Aunque por razones de espacio se omite un análisis pormenorizado de estos y otros antecedentes relevantes como la OC16/99. A continuación se reseñan los principales estándares de protección que surgen del SIDH.

El punto de partida del SIDH es, entonces, reconocer a los Estados “un amplio margen decisorio para definir e implementar sus políticas migratorias en función de diversos objetivos legítimos, como la regulación del mercado de trabajo”,⁽²⁰⁾ ya que se reconoce la facultad del Estado de fijar su propia política migratoria⁽²¹⁾ pero “los Estados no pueden subordinar o condicionar la observancia del principio de la igualdad ante la ley y la no discriminación a la consecución de los objetivos de sus políticas públicas, cualesquiera que estas sean”⁽²²⁾ Entonces, pese a las amplias disposiciones de artículos tales como el 1.1 de la CADH o de aquel principio de igualdad y no discriminación a que refiere la Corte IDH como de *ius cogens* que consagran derechos “...sin discriminación por razones de (...) nacionalidad u otra condición social”, hay dos parámetros expresamente previstos en

.....

(17) Corte IDH, “Caso Vélez Loor vs. Panamá,” Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 23/11/2010, Serie C N° 218.

(18) CIDH, “Informe sobre inmigración en Estados Unidos: detenciones y debido proceso”, OEA/Ser.L/V.II.Doc. 78/10, 30 de diciembre de 2010.

(19) Aunque el valor de cada uno de estos documentos es distinto (el contenido de la sentencia de Corte es obligatorio, aunque difiere la interpretación interna de los Estados sobre el alcance para otros casos, o para Estados que no hayan intervenido en el proceso contencioso; la opinión consulta es una guía fundamental para los Estados, pero de por sí no obligatoria; los informes de la CIDH tienen un valor vinculante muy discutido: como mínimo, recomendaciones sobre las cuales los Estados se comprometen a hacer sus mejores esfuerzos para cumplir.

(20) UNLA-OIM, “Los estándares internacionales en materia de derechos humanos y políticas migratorias”, Documento presentado en la VII Conferencia Sudamericana de Migraciones, Caracas, República Bolivariana de Venezuela, 2 y 3 de julio de 2007.

(21) Corte IDH, “Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados”, OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003.,serie A N° 18.

.....

(22) Corte IDH, op. cit, 2003, párr. 172.

los principales instrumentos convencionales: la ciudadanía y la legalidad. Por la primera, se reservan los derechos políticos a lo que el orden interno entiende por "ciudadanos" —art. 23 CADH; art. 25 PICDP—; por la segunda, como vimos, se reserva la movilidad y la residencia, incluso la expulsión —al menos en los textos— al estatus "legal". Esto, por supuesto, no perjudica aquellas determinaciones internas que sean más beneficiosas y, en definitiva, lo que se entienda por "ciudadano" o "estancia legal" está regulado por el ordenamiento interno de cada Estado.⁽²³⁾

Así, reconoce los siguientes derechos que deben garantizarse con independencia de la situación migratoria:

Entre los derechos del núcleo duro, aquellos cuyo ejercicio no puede ser suspendido (art. 27 CADH, OC 8 y 9) y por ende, tampoco restringidos para las personas migrantes en cuanto tales, se mencionan el derecho a la vida, la prohibición de tortura y la protección de la integridad personal, la prohibición de esclavitud, de la prisión por deudas, el principio de legalidad y de retroactividad, el reconocimiento de su personalidad jurídica, la libertad de pensamiento, conciencia y religión, los derechos del niño, protección de la familia y el derecho a una nacionalidad, la protección judicial y las debidas garantías para tales derechos, el derecho a la igualdad.⁽²⁴⁾

El principio de igualdad y no discriminación, como norma de *ius cogens*, establece que deben respetar y garantizar el ejercicio de los derechos humanos con independencia del estatus migratorio de la persona⁽²⁵⁾ y no está permitido, "...a partir de la condición migratoria, excluir a una clase de personas que se encuentran bajo su jurisdicción y control, de la protección que les otorga el DIDH".⁽²⁶⁾

.....

(23) Hay un segundo elemento a analizar y que está relacionado con los límites de la aplicación del principio de igualdad y no discriminación para la movilidad en particular. Para explicarlo brevemente, la aplicación requiere un grupo de comparación frente al cual analizar si el trato es discriminatorio o no y bajo tal idea, es difícil plantear igualdad frente a los nacionales para disposiciones migratorias que no se aplican a ellos y la equiparación entre personas extranjeras "legales" e "ilegales" no impide, en definitiva, darles a ambos grupos un trato diferente por su condición de extranjeras. Este punto requiere mayor discusión.

(24) Pese a esta enumeración, con frecuencia para las personas migrantes se hacen algunas especificaciones, como aquella en torno a la igualdad, a las garantías durante la detención, etc.

(25) Corte IDH, *op. cit.*, 2003, párr. 109.

(26) UNLA-OIM, *op. cit.*, 2007.

El derecho a salir de cualquier Estado —no sólo del que la persona es nacional—, y a regresar al propio.⁽²⁷⁾ En consecuencia, nadie puede ser expulsado del territorio del cual es “nacional”, ni privado del derecho de ingresar a él.⁽²⁸⁾

El derecho a la asistencia consular, incluyendo el derecho a la información sobre ese derecho y al acceso efectivo a comunicarse con el funcionario consular, medida positiva para corregir la desigualdad de hecho entre otras medidas “especiales” que se deben tomar;⁽²⁹⁾ el derecho a contar con información sobre sus derechos y los requisitos de admisión (art. 33 CTM).

El derecho a la libertad personal y la detención como medida excepcional. La política de migración debe partir de una presunción de libertad, y no de detención, mientras dure su procedimiento migratorio (párr. 39), teniendo en cuenta todos los principios penales sobre la prisión preventiva, que en el caso de infracciones migratorias se consideran más elevados. La prisión preventiva en materia migratoria abarca la detención de personas migrantes “detectadas” al cruzar, aprehendidas por su situación migratoria o directamente, en espera de su expulsión. Estas detenciones son medidas cautelares, es decir que “...se establecen en tanto sean indispensables para los objetivos propuestos (...) por eso, se debe procurar su sustitución por una de menor gravedad cuando las circunstancias así lo permitan...” (párr. 34). Asimismo, rige sin distinción por la situación migratoria, el art. 16 de la CTM.⁽³⁰⁾

(27) Art. 8 Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, “CTM”

(28) Art. 22.5 de la CADH.

(29) Corte IDH, *op. cit.*, 2010, párr. 99; párr. 149 y ss.; párr. 153.

(30) Artículo 16:

- 1) Los trabajadores migratorios y sus familiares tendrán derecho a la libertad y la seguridad personales.
- 2) Los trabajadores migratorios y sus familiares tendrán derecho a la protección efectiva del Estado contra toda violencia, daño corporal, amenaza o intimidación por parte de funcionarios públicos o de particulares, grupos o instituciones.
- 3) La verificación por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley de la identidad de los trabajadores migratorios o de sus familiares se realizará con arreglo a los procedimientos establecidos por ley.

El derecho a una decisión fundada de detención, contra las prácticas automáticas de “aprehensiones”, “retenciones”, “aseguramientos” de personas migrantes y otros eufemismos (CIDH, 2010: párr. 117), que debe cumplir los parámetros requeridos para las restricciones de derechos en general. Por ejemplo:

- a. el principio de necesidad implica que la autoridad que decreta la detención “debe sustentar de manera eficiente las razones por las cuales (...) procede la detención preventiva y no otra medida menos gravosa. Esta determinación debe ser individualizada” (CIDH, 2010);

.....

- 4) Los trabajadores migratorios y sus familiares no serán sometidos, individual ni colectivamente, a detención o prisión arbitrarias; no serán privados de su libertad, salvo por los motivos y de conformidad con los procedimientos que la ley establezca.
- 5) Los trabajadores migratorios y sus familiares que sean detenidos serán informados en el momento de la detención, de ser posible en un idioma que comprendan, de los motivos de esta detención, y se les notificarán prontamente, en un idioma que comprendan, las acusaciones que se les haya formulado.
- 6) Los trabajadores migratorios y sus familiares detenidos o presos a causa de una infracción penal serán llevados sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrán derecho a ser juzgados en un plazo razonable o a ser puestos en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo.
- 7) Cuando un trabajador migratorio o un familiar suyo sea arrestado, recluido en prisión o detenido en espera de juicio o sometido a cualquier otra forma de detención:
 - a) Las autoridades consulares o diplomáticas de su Estado de origen, o de un Estado que represente los intereses del Estado de origen, serán informadas sin demora, si lo solicita el detenido, de la detención o prisión y de los motivos de esa medida;
 - b) La persona interesada tendrá derecho a comunicarse con esas autoridades. Toda comunicación dirigida por el interesado a esas autoridades será remitida sin demora, y el interesado tendrá también derecho a recibir sin demora las comunicaciones de dichas autoridades;
 - c) Se informará sin demora al interesado de este derecho y de los derechos derivados de los tratados pertinentes, si son aplicables entre los Estados de que se trate, a intercambiar correspondencia y reunirse con representantes de esas autoridades y a hacer gestiones con ellos para su representación legal.
- 8) Los trabajadores migratorios y sus familiares que sean privados de su libertad por detención o prisión tendrán derecho a incoar procedimientos ante un tribunal, a fin de que éste pueda decidir sin demora acerca de la legalidad de su detención y ordenar su libertad si la detención no fuere legal. En el ejercicio de este recurso, recibirán la asistencia, gratuita si fuese necesario, de un intérprete cuando no pudieren entender o hablar el idioma utilizado.
- 9) Los trabajadores migratorios y sus familiares que hayan sido víctimas de detención o prisión ilegal tendrán derecho a exigir una indemnización.

- b. la prohibición de arbitrariedad no se refiere sólo a la ausencia de ley o el ser contraria a la ley: "debe interpretarse de manera más amplia a fin de incluir elementos de incorrección, injusticia e imprevisibilidad" (CIDH, 2010: párr. 36). Por ejemplo, una detención no justificada podría considerarse arbitraria (CIDH, 2010: párr. 37).

La detención así dictada, además, debe estar sujeta a procedimientos de revisión donde deben cumplirse las garantías del debido proceso, incluido el derecho a ser oído por un agente imparcial (distinto a la autoridad migratoria), la oportunidad de presentar pruebas y refutar el argumento del Estado (para lo cual, obviamente, tienen que conocer cuál es el argumento, de donde se sigue la importancia del derecho a estar informado y procesalmente, a ser notificado de los argumentos que llevan a su detención): derecho a un debido proceso legal y garantías, en el ámbito judicial y en el administrativo (CIDH, 2010: párr. 100, 143); a un recurso sencillo y rápido (CIDH, 2003: párr. 107; 2010: párr. 127) incluyendo la posibilidad de recurrir el fallo (CIDH, 2010: párr. 180), especialmente en casos de expulsión; a ser llevado ante un juez "u otro funcionario autorizado" (CIDH, 2010: párr. 102 a 111); notificación previa de la infracción migratoria (CIDH, 2010); derecho a un traductor o intérprete, a la representación letrada, a reunirse libremente y en privado con su abogado/a, a presentar testigos y poder interrogarlos (CIDH, 2010, párr. 57). El derecho a la asistencia legal (CIDH, 2010: párr. 132) gratuita (CIDH, 2010: párr. 145).

El argumento de que la persona representa una amenaza para la seguridad pública sólo es aceptable excepcionalmente, cuando "existan serios indicios de riesgo que representa una persona", presunción que no puede basarse, por ejemplo, "en la sola existencia de antecedentes penales" una vez que la persona ha cumplido su condena (CIDH, 2010: párr. 39). Entonces, la alegación de protección de la seguridad pública no puede esgrimirse genéricamente respecto de una persona en particular ni menos, de manera general. Otro tanto podría decirse de la protección de la legalidad de un Estado en general (la variante legal de la seguridad pública): quiero decir, que se debe expulsar a una persona "ilegal" para mostrar que las leyes "no pueden ser burladas".

La prohibición de detención, con fines punitivos, de personas por incumplimiento de las normas migratorias (CIDH, 2010: párr. 171), por lo cual deben estar separadas de los procesados por delitos penales (CIDH, 2010: párr. 207)

en lugares especialmente diseñados en virtud de su situación legal, evitando en lo posible la desmembración familiar (CIDH, 2010: párr. 209).

El hábeas corpus como garantía fundamental. Aunque es una garantía reconocida dentro del núcleo duro, su vigencia es fundamental para el caso de las detenciones de migrantes. Para la Argentina, no puede rechazarse *in limine* con la sola constatación de que la detención ha sido ordenada por un juez ("retención"), sobre todo si tenemos en cuenta que tales procesos se dictan *inaudita parte*.

Por vía de la interpretación integradora, la CTM es la ley especial que permite "completar" los derechos previstos en la CADH. Por ejemplo, que el derecho a la personalidad incluye la prohibición de que a las personas migrantes le sean destruidos sus documentos (art. 21 CM). Más aún, en tanto la "existencia" jurídica de una persona migrante en el Estado de llegada dependa de su documentación, existe una especie de "derecho a los papeles", o sea, a "ser regular". Mientras los Estados no arbitren medios para morigerar los efectos adversos de la "indocumentación", debe poder hablarse de un derecho a regularizar y de la concomitante obligación del Estado a brindar las oportunidades de hacerlo. De allí que la CIDH haya recomendado, al referirse a la situación de los haitianos en República Dominicana, "la adopción de medidas tendientes a legalizar y regularizar la situación de los trabajadores indocumentados y en especial, la de sus hijos, ya que dicha situación les impide el ejercicio de derechos fundamentales como la salud y la educación" (CIDH, Informe sobre República Dominicana, citado por UNLA-OIM, 2007: 12).

La expulsión, pese a la limitación legal convencional (sólo personas extranjeras con permanencia legal) prevista en la CADH, debe asegurarse de acuerdo a las disposiciones legales en todos los casos.

Si todos estos derechos se garantizan al margen de la situación migratoria, existe un grupo de derechos en los cuales es posible argumentar acerca de esta situación para establecer una diferenciación entre "regulares" e "irregulares": la libertad de movimiento (art. 39 CTM) y las ausencias del país de destino (art. 38 CTM), así como la protección familiar (arts. 44 y 50 CTM), los permisos de residencia aparejados a un empleo (arts. 49 y 51 CTM) y algunas mayores garantías para los casos de expulsión (art. 56)

son derechos que la CTM asegura sólo para los "trabajadores", "regulares". Con todo, nada dice sobre el derecho a ingresar en un Estado distinto al propio fuera de la posibilidad de solicitar el ingreso.

3 | El derecho a migrar en Argentina

Desde el DIDH, entonces, podemos argumentar que los contenidos mínimos del derecho a migrar son aquellos que a partir del SIDH pueden identificarse como estándares; mínimos, como he señalado, porque existen con independencia del reconocimiento de un derecho a migrar o menos aún, a ingresar. Argentina ha efectuado algunas precisiones respecto a estos derechos mínimos. En cuanto al derecho a la información — relacionado a las categorías de ingreso, trámites y otras formalidades—, además de la consabida obligación del Estado de proporcionarla, "velará porque sea suministrada por empleadores, sindicatos u otros órganos o instituciones" (art. 9). Asimismo cambia la lógica de "denuncia" de otros operadores por la de la "información", por ejemplo, los responsables de establecimientos de salud "...deberán brindar orientación y asesoramiento respecto de los trámites correspondientes a los efectos de subsanar la irregularidad migratoria" (art. 8) y otro tanto se prevé para las autoridades de establecimientos educativos (art. 7),⁽³¹⁾ a través de la reglamentación de los respectivos ministerios (Salud y Educación). En esta obligación de informar habría sido importante remarcar, en el decreto 616/2010, la im-

.....

(31) Para tales fines, el decreto respectivo (616/2010) obliga:

- a) al dictado de cursos de capacitación para sus agentes y para los que cumplan tareas en las fuerzas auxiliares de la policía migratoria auxiliar "poniendo especial énfasis en la necesidad del conocimiento por parte de aquéllos de los derechos, deberes y garantías de los extranjeros" (art. 9);
- b) a la organización de un sistema de información y formación sobre los derechos y deberes de la ley y la reglamentación, dirigido a funcionarios, empleados públicos y demás personal, incluso privado, que tenga trato con personas extranjeras (entidades educativas, de salud, alojamiento y transporte);
- c) brindar información a las personas extranjeras en especial para cumplir sus trámites de radicación. A tal fin se contemplará la utilización de sus lenguas de origen y la asistencia de intérpretes lingüísticos o mediadores culturales. Asimismo se prevé la organización de cursos de formación "inspirados en criterios de convivencia en una sociedad multicultural y de prevención de comportamientos discriminatorios, destinados a los funcionarios y empleados públicos y de entes privados" (art. 14.d de la ley).

.....

portancia de informar en frontera, en tanto se prevé que cuando una persona quisiera arribar con un documento extranjero que “no cumpliera las condiciones de la legislación vigente” se procederá al “inmediato rechazo”. Sin embargo, el decreto, también, prevé una serie de excepciones (ej. Razones humanitarias) que, si bien deben ser informadas en virtud de la obligación general, la práctica podría indicar la necesidad de plasmar por escrito esta obligación.

Del mismo modo, se ha regulado el derecho a una asistencia jurídica gratuita,⁽³²⁾ aunque se vio deficientemente implementado hasta 2010, cuando se emitió el decreto reglamentario de la ley de migraciones. De hecho, el reglamento establece que la DNM “ante el planteo que efectúe un extranjero” (lo cual DNM parece tomar al pie de la letra) dará inmediata intervención al Ministerio Público de la Defensa, disponiendo la suspensión de cualquier trámite y de los plazos en curso en las actuaciones administrativas. Por último, la regulación de los recursos judiciales al que hace referencia el art. 25 CADH es uno de los grandes aciertos de la ley ya que en muchos casos se prevé la participación obligatoria del Poder Judicial.

En pos de pensar el posible contenido del derecho a migrar consagrado en la legislación argentina, un derecho a migrar en sentido estricto incluye, además de los mínimos internacionales:

- a. un derecho a no migrar;
- b. un derecho a ingresar (que incluye, por ejemplo, el derecho a criterios no discriminatorios de ingreso y admisión);
- c. a un estatus migratorio regular;
- d. a la libre circulación y residencia;
- e. a reunificar familiares y más importante aún, lograr la no desmembración familiar;

.....

(32) El art. 86 de la ley dispone que “los extranjeros que se encuentren en territorio nacional y que carezcan de medios económicos, tendrán derecho a asistencia jurídica gratuita en aquellos procedimientos administrativos y judiciales que puedan llevar a la denegación de su entrada, al retorno a su país de origen o a la expulsión del territorio argentino. Además tendrán derecho a la asistencia de intérprete/s si no comprenden o hablan el idioma oficial. Las reglamentaciones a la presente, que en su caso se dicten, deberán resguardar el ejercicio del Derecho Constitucional de defensa”.

- f. al egreso consentido y la limitación de las posibilidades de expulsión;
- g. derecho a un tránsito seguro.

En el caso de que haya alguna referencia en los instrumentos internacionales principales (CADH, PIDCP, CTM), se compararán en un cuadro.

4 | El derecho a no migrar

Un punto crucial en la existencia del derecho a migrar es justamente el derecho a no hacerlo. Existe una vasta discusión sobre las causas que provocan la migración (personales, familiares, sociales; micro y macroestructurales, etc.). Estas discusiones giran en torno a los siguientes interrogantes.

por qué las personas migran, por qué en similares condiciones unas migran y otras no y qué tan obligadas están a hacerlo. De hecho, una de las principales diferenciaciones en el movimiento de personas es aquella que señala por un lado los movimientos forzados —refugiados, desplazados, asilados— y por otro, los voluntarios—migración, el turismo, los viajes de negocios, etc.—. La principal consecuencia de esta diferenciación es lo que se puede identificar como la “responsabilidad individual” por el acto de migrar, si los movimientos forzados reciben mayor protección —y conllevan algunas mayores obligaciones estatales— es por la ausencia de voluntariedad, situación que es planteada como muy distinta a la del *homo economicus* que migra.

Entonces, el derecho a salir de cualquier Estado debe reconocerse con independencia de la condición de persona extranjera o la situación migratoria. La literatura sobre esta cuestión es escasa, sin embargo mencionaremos algunos aportes. Mármora⁽³³⁾ refiere al derecho a no migrar como “...el que tiene toda persona a permanecer en el lugar donde habita y desarrollar su vida económica y social, sin necesidad de trasladarse a otra parte para mantener una sobrevivencia digna”. Para la realización de este derecho propone proteger los llamados “derechos de tercera generación”: derecho al desarrollo, a la paz, a un medio ambiente sano y equilibrado, apto para el desenvolvimiento de las generaciones futuras, etc.

(33) MÁRMORA, LELIO, *Las políticas de migraciones internacionales*, Bs. As., OIM-Paidós 2002.

Algunos autores —como Oberman— refieren a este derecho como “el derecho a permanecer” —*the right to stay*—⁽³⁴⁾ el cual se reconoce como humano.⁽³⁵⁾ Aunque lo ubican en la órbita de lo moral y no en la de lo legal, identifica el núcleo de este derecho en “no ser forzado a dejar” —*one’s home state*—. Este derecho buscaría proteger a las personas contra tres tipos de amenazas: expulsión, persecución y “*desperate poverty*”.⁽³⁶⁾ Bajo estas premisas, el derecho a permanecer “*does not stand in opposition to migration itself but rather to certain causes of migration, in particular those that force people to leave their home state by denying them any reasonable alternative*”. Más aún, la existencia de este derecho permitiría generar una obligación para lo que el autor denomina “Estados ricos” de ofrecer asistencia a “gente pobre” en sus propios países para que no se vean forzadas a migrar.

De esta manera, la propuesta de Oberman alcanzaría para fundamentar la vinculación del derecho a no migrar con el derecho a quedarse, permanecer o no salir, en casos de desplazamientos forzados. En este sentido, la Corte IDH se ha ocupado recientemente de este derecho, derivado del art. 22 CADH y aunque la aplicación ha sido dedicada al desplazamiento en el marco de conflictos, podría extenderse para sustentar el derecho a no migrar. Un derecho tal se insertaría en un marco de cooperación internacional, sobre todo si el Estado —de salida— no reconoce mayores derechos que los mínimos internacionales.

.....

(34) OBERMAN, KIERAN, “*Immigration, global poverty and the right to stay*”, *Political Studies*, EEUU, Political Studies Association, 2011, vol. 59, pp. 253/268.

(35) Para reconocer este derecho menciona tres argumentos: uno derivado de la libertad de movimiento, un segundo de membresía cultural y un tercero, de lo que llama *territorial attachment* (algo así como un apego territorial). La libertad de movimiento es la que necesariamente incluye el derecho a estar, así como a moverse. El argumento de la membresía cultural sostiene que las culturas juegan un rol importante en la vida de las personas y como tal, merece respeto: las personas tienen derecho a vivir en el territorio en el cual su cultura disfruta de un estatus nacional. Por último, el “*commitment to territorial attachment*” conlleva un derecho a permanecer porque cuando las personas son forzadas a abandonar el Estado donde viven, también son forzadas a abandonar sus territorios, en consecuencia, “*they are unable to continue to develop its land or enjoy living in a place where they feel a special sense of belonging*”.

(36) La primera se refiere a la expulsión de su propio Estado por orden de este o algún otro agente; por la segunda, el derecho a permanecer busca proteger a las personas de ser obligadas a dejar su Estado en búsqueda de seguridad o libertad; la tercera protección es contra la “pobreza desesperada”, contra el tener que irse de su estado para satisfacer sus necesidades básicas de subsistencia”.

5 | El derecho a un tránsito seguro

Es escasa la literatura científica sobre el tránsito, es decir, sobre el movimiento de ser emigrado a ser migrante. Incluso el mismo Sayad⁽³⁷⁾ cuya preocupación central es, precisamente, esa "conversión" no da cuenta del "viaje". Probablemente, la migración en tránsito —tránsito y movimiento— sea recién objeto de estudios debido a las mayores barreras impuestas en los lugares de ingreso.

En el caso de la migración africana a España, Varela Huerta⁽³⁸⁾ cuenta como la imposición de mayores controles en la puerta de entrada española de la ruta más corta en el Estrecho de Gibraltar alargó considerablemente el viaje. También podemos mencionar las medidas adoptadas en los Estados Unidos con posterioridad al 9-11; se aumentaron las barreras físicas, los sistemas de vigilancia inteligentes, se destinó más personal y material militar, y las muertes de migrantes en la frontera aumentaron un 500%.⁽³⁹⁾ Este proceso de fortificación de fronteras llevaría a rutas más largas y difíciles. Algunos autores señalan los años noventa como el inicio de los estudios de la migración en tránsito .

En Argentina, la información sobre el tránsito es dispersa. Los censos recogen sólo liminarmente la cuestión, al preguntar a los y las censados/as extranjeros/as los lugares donde ha residido en Argentina con anterioridad y la ciudad de de la cual provienen. De todas formas, los datos son pocos representativos para dar cuenta del movimiento. La Encuesta Complementaria de Migraciones del censo de 2001 pregunta, por ejemplo, en cuántas ciudades ha vivido con anterioridad a la actual. La respuesta mayoritaria es ninguna. Esto da cuenta sólo de que los y las encuestados/as llegan a asentarse "directamente" —sin contar que han atravesado varias provincias para llegar a Buenos Aires— tampoco recepta la alta rotación de domicilios. La literatura científica sobre la migración limítrofe y

(37) SAYAD, ABDELMALEK, *La doble ausencia. De las ilusiones del emigrado a los padecimientos del inmigrado*, Barcelona: Anthropos, 2010.

(38) VARELA HUERTA, JANIK, " Porque la ciudadanía se consigue ejerciéndola. Una aproximación sociológica al proceso instituyente del movimiento de migrantes en Barcelona" Ver texto en: http://ddd.uab.cat/pub/tesis/2011/hdl_10803_5151/javh1de1.pdf

(39) DEMLEITNER, NORA V., " Misguided prevention: the war on Terrorism as a war on Immigratr Offenders and Immigration Violators", *Criminal Law Bulletin*, n° 6, vol. 40, 2004.

peruana cuenta con datos recabados a partir de entrevistas que se realizaron en un viaje en ómnibus. Sobre la migración africana a la Argentina, el relato dice que se detienen en varios lugares de África antes de embarcarse y usualmente por su misma condición de "polizontes", no sabrían a qué lugar estarían llegando. Los senegaleses entrevistados por Zubrzycki y Agnelli⁽⁴⁰⁾ ingresaron por Brasil,⁽⁴¹⁾ lo cual parece ser una ruta bastante común dado que requieren visa y en Senegal no hay una embajada o consulado argentino.

En prácticamente todos los estudios se señala algo que podría ser obvio, la condición de irregularidad como desencadenante. Si no fueran indocumentados, no tendrían que esconderse. Lo interesante es que mientras se halla en tránsito, el migrante no es oficialmente "indocumentado" o "irregular", ya que en rigor, "los papeles" serán requeridos recién para entrar; incluso, podría tratarse de personas que luego serán declaradas refugiadas, con lo cual el tema de la documentación debería pasar a un segundo plano. Esta es una de las funciones de la ilegalidad "casi ontológica" construida sobre la persona migrante: saberse en "falta" antes de estarlo.

De estas reconstrucciones surgen, entonces, algunos aspectos característicos de muchos tránsitos: llevar lo justo y necesario y a veces, menos que eso; el tránsito como una "peripecia" subir el barco como polizón, subir al tren en movimiento, lograr subirse a la patera, "autocontrabandearse" bajo o dentro de los camiones; evitar los múltiples controles, las zonas de riesgo, percatarse de la presencia de la policía; informarse, organizarse, pagar por "el pase"; ser detenidos/as, liberados/as, a veces "retornados", y volver a empezar. En este tránsito existen "tierras de nadie" casi oficiales: la frontera sur mexicana, las zonas internacionales de los aeropuertos, los mismos transportes bajo la orden de "no desembarco", etc.

De allí que deba trabajarse la propuesta de incorporar dentro del derecho a migrar el derecho a un tránsito seguro, desde el lugar de salida y

.....

(40) ZUBRZYCKI, B. y AGNELLI, S. "Allá en África, en cada barrio por lo menos hay un senegalés que sale de viaje", *Cuadernos de Antropología social*, n° 29, 2009, pp. 135/152, Ver texto en: <http://www.scielo.org.ar/pdf/cas/n29/n29a08.pdf>

(41) El trayecto más realizado, cuentan las autoras, es el siguiente: "desde Dakar (Senegal) abordan un avión a Fortaleza (Brasil); a veces el recorrido es Dakar-Cabo Verde-Fortaleza. Una vez llegados a Brasil, se trasladan en colectivo hacia São Paulo, de allí hacia Buenos Aires cruzando la frontera por Uruguayana".

a través de los múltiples destinos: el derecho a migrar es un derecho del movimiento y como tal, el movimiento mismo es el que requiere mayor protección, sobre todo porque las limitaciones nacionales para teorizar al respecto —nacionalismo metodológico—⁽⁴²⁾ nos dificulta teorizar esta protección sin pasar por las fronteras y soberanías nacionales. De manera similar al derecho a no migrar, parte de las obligaciones que podrían emerger de él se enmarcan en la cooperación internacional. En Argentina, la posibilidad de proteger el tránsito se encuentra reconocida desde la misma definición de “inmigrante”, cubierto de derechos desde su deseo de ingresar y transitar (art. 2, ley 25.871).

6 | El derecho a ingresar a un Estado

El panorama sobre el ingreso como derecho, en los principales instrumentos de derechos humanos, se resume en el cuadro siguiente:

CUADRO 1: COMPARACIÓN DEL DERECHO A INGRESAR (MÍNIMOS INTERNACIONALES)

Derecho/ Instrumento	PIDCP	CADH	CTM
	<i>Propio país</i>	<i>Territorio del cual es nacional</i>	<i>Estado de origen</i>
Ingresar	art. 12.4. Nadie podrá ser arbitrariamente privado del derecho a entrar en su propio país.	art. 22.5. Nadie puede ser privado de ingresar al territorio del cual es nacional.	art. 8. 2. Los trabajadores migratorios y sus familiares tendrán derecho a regresar en cualquier momento a su Estado de origen y permanecer en él. art. 22.7. El trabajador migratorio o familiar suyo que sea objeto de ella podrá solicitar autorización de ingreso en un Estado que no sea su Estado de origen.

El derecho a ingresar es probablemente el aspecto menos discutido del derecho a migrar. Si no hay un derecho a entrar, difícilmente pueda además hablarse de “migración”, que tiene como primer componente el salir del Estado del que una persona es nacional (reconocido en los instrumentos

(42) WIMMER, ANDREAS Y SCHILLER, GLICK. “Methodological nationalism and beyond: nation state building, migration and the social sciences”, *Global Networks*”. Ver texto en: <http://www.sscnet.ucla.edu/soc/faculty/wimmer/B52.pdf>

internacionales) para ingresar a uno distinto. Como han reconocido Courtis y Pacecca⁽⁴³⁾ "...quien no tiene derecho al territorio tampoco tiene derecho a los derechos vigentes en el territorio". Este derecho a ingresar, a entrar físicamente, es el componente necesario de todas las formulaciones en torno al derecho a la membresía⁽⁴⁴⁾ y al derecho a tener derechos de Arendt.

Por supuesto que se trata de un derecho a un ingreso "regular". Esto no quiere decir que el ingreso "irregular" anula el derecho a ingresar o impide su ejercicio, sino que precisamente para que sea realmente "derecho", los Estados deben garantizar que se pueda realizar en condiciones "legales". De lo contrario, la situación es la misma que ostentan las migraciones ilegalizadas, un derecho a "ingresar como puedas, por dónde puedas" y sólo hasta que las personas sean "detectadas".

Es en este contexto que debe entenderse la obligación del Estado de regularizar esta situación. El art. 17 de la ley de migraciones establece que "el Estado proveerá lo conducente a la adopción e implementación de medidas tendientes a regularizar la situación migratoria de los extranjeros". Si una persona ha ingresado de manera no legal, sea por las razones que fueran, el Estado debe dar la oportunidad, obligatoriamente, de poder regularizar su situación, de lo contrario el Estado estaría negando el derecho a ingresar, componente esencial del derecho a migrar. Claramente, un derecho que debe ejercerse en la clandestinidad es cercenado como tal. Por supuesto, ante la duda entre las mentadas facultades del Estado a excluir ciertas personas de su territorio (por las causas que fueran), y la presencia de una persona en situación "irregular", debe estarse a tomar la decisión que mejor proteja los derechos de esta última, por aplicación de la interpretación más favorable. De allí que la única interpretación posible sea aquella que, ante la toma de conocimiento por parte del Estado de una situación de irregularidad que ostenta una persona, deba primero intimar a regularizar (art. 61, ley 25.871). Por ejemplo, en el caso "Dai Jianqing y otros s/ hábeas corpus", la Cámara Federal de Paraná dejó sin efecto la solución de DNM (expulsión inmediata) ante el caso de "detección" de ciertas personas de nacionalidad china que circulaban por el país en calidad de "irregulares", obligando a que primero se intimara a regularizar la situación.

.....

(43) COURTIS, CORINA Y PACECCA, MARÍA INES, *op. cit.*

(44) BENHABIB, SEYLA, *op. cit.*

Con todo, no basta con "intimar", por lo que es necesario mencionar que:

- a. tal intimación debe ser conocida fehacientemente por la persona implicada (aspecto en el cual hay que tener cuidado con el mal uso de los "domicilios constituidos");
- b. cumplir el derecho a la información sobre los trámites y otros menesteres;
- c. deben arbitrarse los medios para que la regularización sea realmente una posibilidad cierta, eliminando los obstáculos administrativos y legales que impiden tal proceso. Por ejemplo, eximir de abonar las tasas migratorias correspondientes, un derecho que con frecuencia no se da a conocer a las personas migrantes. Entonces, el mero acto formal de enviar una notificación puede no cumplir con el art. 17 de la ley de migraciones, que expresa que si intimada la persona fehacientemente se notifica pero no puede regularizar por las mismas disposiciones administrativas (Porque no puede probar su ingreso legal, o porque no hay una categoría migratoria que contemple su situación), esto no agota las obligaciones estatales, que deben remover todos los obstáculos internos y tomar medidas efectivas para garantizar los derechos humanos.

Como corolario, la expulsión ante un ingreso "ilegal" por parte del Estado debe argumentarse (y probarse) de conformidad a las restricciones generales para los derechos.⁽⁴⁵⁾ Entra aquí a jugar el fino límite entre las regulaciones a derechos y las restricciones a ellos. En este caso, la misma índole de la expulsión frente al derecho a migrar hace que ésta sea una restricción y no una simple reglamentación, como a veces se pretende.

Este derecho a ingresar tiene además algunos componentes particulares:

- a. el derecho a criterios no discriminatorios de ingreso;

.....

(45) Por ejemplo, el art. 37 dispone que "...el extranjero que ingrese a la República por un lugar no habilitado a tal efecto, o eludiendo cualquier forma de contralor migratorio, será pasible de expulsión en los términos y condiciones de la presente ley". Ello no agrega más a las facultades ya previstas de expulsión: no es una dispensa general para, en todos los casos, proceder a la expulsión. Ello es así en virtud de la existencia del derecho a migrar pero además, de otras previsiones que surgen de la misma ley: la reunificación (y no desmembración) familiar, la igualdad de trato con los nacionales incluso para acceder a los beneficios de la rehabilitación penal, la posibilidad de que haya razones humanitarias que impongan la permanencia en territorio argentino, etc. Las debidas garantías del caso obligan, además, a que la persona extranjera tenga oportunidad de argumentar (ser oída, presentar prueba y testigos, obtener patrocinio legal, etc.), una vez conocido el argumento del Estado, sobre su ingreso "ilegal".

- b. los derechos frente a la denegación de la entrada;
- c. ciertas garantías de no devolución.

7 | Criterios no discriminatorios de ingreso

Entre los principios generales de ley 25.871 se establece que el Estado debe asegurar que toda persona que solicite ser admitida debe gozar de "criterios y procedimientos de admisión no discriminatorios" (art. 3.f). En ese sentido, la ley argentina prevé categorías migratorias (arts. 20, 22, 23 y 24) y en el art. 29 una serie de "causas impeditivas" al ingreso y permanencia. Como consecuencia del principio de igualdad y no discriminación, estos criterios deben ser examinados según la prohibición de discriminar, de generar situaciones que acarreen discriminación o incluso de efectos, debidos a las disposiciones normativas, que puedan menoscabar este principio. En una situación tal se encuentran, por ejemplo, los nacionales de Senegal o de República Dominicana, donde el juego de los requisitos de ingreso y permanencia les impedía regularizar su situación migratoria.⁽⁴⁶⁾

Además, es un campo regulatorio donde vuelve a jugarse la diferencia entre "restricciones" y "regulaciones razonables". Entonces qué entidad tienen los requisitos de ingreso. Si se puede argumentar que se trata de aquellas últimas, hay que tener en cuenta que "no deben desvirtuar la naturaleza" del derecho (a ingresar, contenido en el derecho a migrar). El art. 28 de la Constitución Argentina contiene un principio general que alcanza a este derecho, el de razonabilidad, el cual reglamenta el ejercicio de los derechos. Entonces, si el incumplimiento de los requisitos para ingresar en una determinada categoría, que son en definitiva determinaciones internas, ficciones construidas, provoca la denegación de entrada a perpetuidad, es un supuesto donde la regulación es irrazonable, ya que obsta totalmente

(46) En enero de este año (2013) salieron sendas regulaciones de DNM tendientes a superar la situación de discriminación que estaban experimentando estos dos grupos nacionales al momento de lograr "ser legales" en Argentina. Aunque la medida es altamente positiva (por lo cual "nos congratulamos" y "acogemos con beneplácito"), se planteó como temporal y sólo pueden presentarse quienes ya acrediten residencia en el país. Gracias a Soledad Hoyos por el envío.

al ejercicio del derecho que aparece regulando. Esto puede ocurrir, por caso, cuando en virtud de su situación de hecho, una persona migrante no puede cumplir los requisitos solicitados aunque en principio estos parezcan razonables o cuando no le resulte aplicable ninguna categoría. En este último supuesto (imposibilidad de ingresar o residir por no resultarle aplicable ninguna categoría) incluso, sólo muy difícilmente podría decirse que estuviéramos ante una "restricción legítima" de tipo permanente, si así se argumentara, habría, entonces, que probar la restricción en base a los parámetros señalados (objetividad, fines legítimos, etc.), cuya fundamentación recae en el Estado.

8 | Recursos efectivos contra la denegación de ingreso o admisión

El art. 35 de la ley de migraciones prevé, para el rechazo en frontera por los motivos del primer y segundo párrafo del artículo,⁽⁴⁷⁾ la posibilidad de articular un recurso ante las delegaciones diplomáticas argentinas en

.....
(47) El art. 35 dice: "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 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.

el extranjero o las oficinas que tuviera DNM fuera de la Argentina. Por la misma redacción del artículo no cubriría la denegación de las visas o de los "permisos de ingreso" que se tramitan desde el exterior, que quedarían amparados por la revisión prevista en el art. 74.a,⁽⁴⁸⁾ que también cubre aquellos casos fuera del art. 35 (ej. que la persona llegue con documento que acredite su identidad). En todos los casos, la misma existencia de un derecho a migrar, junto con la obligación de proveer recursos (art. 25 CADH) impone la obligación de arbitrar medios para que todas las decisiones puedan ser recurridas y el proceso, efectivo. En el caso "Zhang Hang", la Corte Suprema de Justicia se refirió, indirectamente, al caso de una persona cuyo permiso de ingreso había sido denegado, ya que el recurso fue promovido por el cónyuge de la persona objeto del rechazo.

Además, los recursos deben ser "efectivos". Si pudiéramos medir en términos numéricos cuántos recursos por el art. 35 se han presentado, por caso, deberíamos estar atentos a la respuesta de DNM ante la solicitud de información pública sobre los recursos presentados. La DNM responde que "esta DNM no cuenta con nómina de recursos presentados ante los consulados. Los mismos son resueltos en cada caso concreto conforme a la normativa vigente" (Nota 415/11 del 28/10/2011)⁽⁴⁹⁾ por lo cual, en definitiva, no informa cuántos recursos se interpusieron. De hecho, algunos informantes señalan que habrían menos de cinco recursos interpuestos,

.....

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".

(48) Art. 74: "Contra las decisiones de la DNM que revistan carácter de definitivas o que impidan totalmente la tramitación del reclamo o pretensión del interesado y contra los interlocutorios de mero trámite que lesionen derechos subjetivos o un interés legítimo, procederá la revisión en sede administrativa y judicial cuando: a) se deniegue la admisión o la permanencia de un extranjero".

(49) A esto pregunto también por nota si la negativa se refiere a la ausencia de recursos o a la ausencia de un listado de ellos. En su última respuesta me informan que los recursos "existen y se resuelven en cada caso particular, no llevando registro de los mismos" (Nota 427/12 del 01/02/2012).

cuando el número total de rechazos, sólo durante 2011 (enero-diciembre), asciende a 5810 rechazos.⁽⁵⁰⁾

9 | No devolución

En ciertos casos, el derecho a ingresar aparece un derecho a no ser devuelto:

- a. por aplicación del principio de no devolución cuando pueda tratarse de refugiados;
- b. cuando existan otras razones de índole humanitaria;
- c. cuando se trate de un reingreso motivado por un rechazo en otra frontera. Sobre estos dos últimos, cuando existan "razones excepcionales de índole humanitaria, interés público o cumplimiento de compromisos adquiridos por la Argentina" (art. 34), no sólo no se podrá proceder a la devolución sino que obliga a la admisión. En segundo lugar, cuando se trate de un rechazo argentino sobre un reingreso motivado por un rechazo en otra frontera (art. 35), también pesa la obligación de admitir. Antes de la ley 25.871, el rechazo en Argentina por haber sido rechazado en una tercera frontera (no la del Estado de nacionalidad) provocaba un efecto de rebote donde la persona sólo podía dirigirse a su propio país: el caso más usual se daba cuando, a raíz del rechazo en una tercera frontera, es devuelto sin más trámite a la Argentina, donde no cuenta con visa para ingresar.

Asimismo, en el caso de "sospechas fundadas que la real intención que motiva el ingreso difiere de la manifestada al momento de obtener la visa o presentarse ante el control migratorio", tampoco se procederá al rechazo inmediato y, si fuera necesario para preservar la salud e integridad

(50) Aunque en términos numéricos puedan no ser muchos (5810 rechazos en 2011), el dato más importante proviene de calcularlo en términos relativos. Si entre 2001 y 2010 el aumento de personas de nacionalidad extranjera fue de casi 300 mil personas (273.060), proporcionalmente ello nos daría un ingreso de casi 30 mil personas (27.306) al año. Entonces, si calculáramos que 5810 rechazos tuvieran lugar cada año, ello equivaldría a que el 17.5% de quienes desean ingresar es rechazado. Si este porcentaje puede parecer elevado, debe además tenerse en cuenta que el principal motivo de rechazo (como vimos en el capítulo VI) es la falta de documentación habilitante: aunque no es posible saber a qué se refiere explícitamente DNM, teniendo en cuenta que los nacionales del MERCOSUR sólo necesitan la cédula o pasaporte para ingresar, es poco probable que se presenten a control migratorio sin esta documentación mínima. Ergo, es posible suponer que estos rechazos deben estar impactando desproporcionadamente (en afrenta al principio de igualdad y no discriminación) en las personas que requieren visa. Gracias a María Inés Pacecca por circular la información dada por DNM sobre los rechazos durante 2011.

física de la persona, podrá autorizarse un ingreso provisorio “reteniendo la documentación” de la persona. Caso contrario, debe permanecer en las instalaciones del puesto migratorio.

Todo ello, porque el rechazo en frontera debe ser de interpretación restrictiva, dados los limitados recursos contra ella y el impedimento total que significa para el derecho a migrar. Cuando el decreto 616 prevé en el art. 35 una serie de excepciones a este rechazo, dudosamente podrán ser invocados si éste se produce “inmediatamente”. El plazo “razonable” para ejercer la defensa con debidas garantías también impone un plazo “mínimo” en el cual, cumplida la obligación del Estado de informar (del trámite, las excepciones, la posibilidad de obtener patrocinio gratuito, etc.), puedan articularse eficazmente los recursos pertinentes. Como ha dicho la CIDH, “la sola existencia de recursos no es suficiente si no se prueba su efectividad” (2010: párr. 139).

10 | Derecho a un status migratorio regular

Además del derecho a poder ingresar regularmente, el derecho a un estatus regular apunta a cubrir todo el trayecto del derecho a migrar, desde la intención de migrar —contemplada en el art. 2 de la ley, al definir la figura del inmigrante “...todo aquel extranjero que desee ingresar, transitar, residir o establecerse (...) en el país”— hasta la salida y el o los reingresos que deseen hacerse. Dada la práctica de renovaciones periódicas de residencia y de controles de permanencia, el derecho a tener un estatus migratorio regular (y a mantenerlo) que permita permanecer en el país no es un dato menor. La “inflación legal” que refiere Foucault⁽⁵¹⁾ o sobre reglamentación administrativa que caracteriza la disciplina migratoria provoca que las oportunidades para volverse “ilegal” se distribuyan como una red, una multiplicación con más puntos para la caída que para apoyarse.

El panorama legal de los principales instrumentos de derechos humanos se condensa en el cuadro a continuación.

.....

(51) FOUCAULT, MICHEL, *Seguridad, territorio, población*, Bs. As., FCE, 2006.

**CUADRO 2: COMPARACIÓN DEL DERECHO
A UNA CONDICIÓN REGULAR (MÍNIMOS INTERNACIONALES)**

Derecho/ Instrumento	PIDCP	CADH	CTM ⁽⁵²⁾
Condición regular	No específicamente (principios generales sobre la "ley")		<p>Art. 49: 1) En los casos en que la legislación nacional exija autorizaciones separadas de residencia y de empleo, los Estados de empleo otorgarán a los trabajadores migratorios una autorización de residencia por lo menos por el mismo período de duración de su permiso para desempeñar una actividad remunerada. 2) En los Estados de empleo en que los trabajadores migratorios tengan la libertad de elegir una actividad remunerada, no se considerará que los trabajadores migratorios se encuentran en situación irregular, ni se les retirará su autorización de residencia, por el solo hecho del cese de su actividad remunerada (...) 3) A fin de permitir que tengan tiempo suficiente para encontrar otra actividad remunerada, no se les retirará su autorización de residencia, por lo menos por un período correspondiente a aquel en que tuvieron derecho a prestaciones de desempleo.</p> <p>Art. 50. 1. En caso de fallecimiento de un trabajador migratorio o de disolución del matrimonio, el Estado de empleo considerará favorablemente conceder autorización para permanecer en él a los familiares de ese trabajador migratorio.</p> <p>Art. 51. No se considerará que se encuentren en situación irregular los trabajadores migratorios que en el Estado de empleo no estén autorizados a elegir libremente su actividad remunerada, ni tampoco se les retirará su autorización de residencia por el solo hecho de que haya cesado su actividad remunerada con anterioridad al vencimiento de su permiso de trabajo, excepto en los casos en que la autorización de residencia dependa expresamente de la actividad remunerada específica para la cual hayan sido aceptados.</p>

Como se ve, las regulaciones sobre el acceso a la regularidad son mínimas, y se refieren más a ciertas garantías de mantenimiento de la residencia que ya se tiene. Un aspecto interesante está relacionado con el cambio de trabajo. La CTM establece que en casos donde los trabajadores tengan libertad para elegir una actividad remunerada (como en Argentina), el cese de su actividad no hará que se considere al trabajador "irregular" y de hecho, no se les retirará su autorización de residencia por un cierto período, a fin de que puedan encontrar otra actividad. En la práctica, he

(52) Disposiciones de la CTM sólo para trabajadores "documentados" o en "situación regular".

encontrado algunos expedientes de personas migrantes para las cuales uno de los pocos criterios de radicación es la actividad en relación de dependencia (chinas, coreanas, etc.) donde DNM decreta su expulsión por no haber informado con antelación el cambio de trabajo.⁽⁵³⁾ Usualmente, DNM toma conocimiento de esta situación al hacer sus controles de permanencia —a veces, reales *razzias* administrativas, si en el control de una persona pide papeles a todas las demás personas asiáticas que se encuentran, por ejemplo, en el supermercado—.

Como contrapartida lógica a un derecho a migrar (y a hacerlo en condiciones “regulares” o “legales”), el art. 17 (ya citado) establece la obligación del Estado de arbitrar medidas para regularizar. Con este fin, el Decreto establece, en el artículo análogo, que la DNM podrá:

- a. Dictar disposiciones que simplifiquen y agilicen los trámites administrativos respectivos;
- b. Celebrar convenios y recurrir a la colaboración de organismos públicos o privados;
- c. Desarrollar e implementar programas en aquellas zonas del país que requieran un tratamiento especial;
- d. Celebrar convenios con autoridades extranjeras residentes en la República Argentina a fin de agilizar y favorecer la obtención de la documentación de esos países;
- e. e) Fijar criterios para la eximición del pago de la tasa migratoria, en casos de pobreza (sic) o cuando razones humanitarias así lo justifiquen”.

Esta obligación se ve reflejada, por ejemplo, en el art. 61 de la ley, que establece que ante la constatación de irregularidad en la permanencia de una persona extranjera en el país, DNM “...deberá conminarlo a regularizar su situación en el plazo perentorio que fije a tal efecto, bajo apercibimiento de decretar su expulsión”. Lamentablemente, la expulsión parece ser

(53) Un caso entre varios relevados (para la investigación doctoral que da soporte a este artículo) es el de “Wei Q.” (Wei Q. c/ EN-Ministerio del Interior) La persona ingresó con residencia en virtud de un contrato de trabajo: cuando DNM se presenta en el supermercado para controlar su permanencia, le informan que la persona trabaja allí sólo por las tardes mientras que en las mañanas lo hace en otro supermercado. DNM la cita junto con la empleadora de este segundo local para aclarar la situación ya que al parecer, la persona trabajaba en los dos supermercados. El punto no fue aclarado y se decretó la expulsión de W.Q. por el inciso J del art. 29 por “constatarse que la causante no trabaja en el lugar en el horario declarado”. Con razón, en un escrito la actora se pregunta: “¿cuál es precisamente el impedimento cuando presenté toda la documentación requerida y di cumplimiento a lo determinado por la norma legal?”.

automática, sólo intervenida por el juez para que pueda evaluar la medida. Sin embargo, es posible argumentar que en el medio entre una (la expulsión) y otra (la revisión judicial) debería arbitrarse una instancia para conocer por qué la persona migrante no llevó a cabo el trámite solicitado, para así poder detectar las situaciones que requieran la adopción de medidas tendientes a superar los obstáculos de hecho. Según una de mis informantes (abogada que representa nacionales bolivianos ante DNM), algo de esto parece estar sucediendo, ya que los expedientes administrativos que no completan el trámite empezaron a ser derivados a un servicio social.

II | Derecho a la libre circulación y residencia

Las previsiones de las principales convenciones analizadas se resumen en el cuadro a continuación.

CUADRO 3 COMPARACIÓN DEL DERECHO A CIRCULAR Y RESIDIR (MÍNIMOS INTERNACIONALES)

Derecho/ Instrumento	PIDCP	CADH	CTM ⁽⁵⁴⁾
Circular y residir	Art. 12. 1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tendrá derecho a circular libremente por él y a escoger libremente en él su residencia. (c. restricciones)	Art. 22.1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tiene derecho a circular por el mismo y, a residir en él con sujeción a las disposiciones legales. (c. restricciones)	Art. 38.1. Los Estados de empleo harán todo lo posible por autorizar a los trabajadores a ausentarse temporalmente sin que ello afecte a la autorización que tengan de permanecer o trabajar, según sea el caso. Al hacerlo, los Estados de empleo deberán tener presentes las necesidades y obligaciones especiales de los trabajadores migratorios y sus familiares, particularmente en sus Estados de origen. Art. 39.1. Los trabajadores migratorios tendrán derecho a la libertad de movimiento en el territorio del Estado de empleo y a escoger libremente en él su residencia. (c. restricciones: art. 39.2).

.....

(54) Disposiciones de la CTM sólo para trabajadores "documentados" o en "situación regular".

El contenido del derecho a la circulación, según su formulación internacional, contempla una diferencia sustancial según se trate de una persona “que se halle legalmente en el territorio de un Estado” o no: para las primeras, se acuerda el derecho a circular por el mismo (22.1 CADH) y se guarda silencio sobre las presencias ilegalizadas. Este art. 22 CADH es una disposición similar a la que recoge igual prerrogativa para los trabajadores documentados (art. 39 CTM), habilitando las mismas restricciones que el derecho a salir del país.

Con todo, este art. 22 es más restrictivo que su par del PIDCP. Así, si bajo el sistema universal “toda persona [que se halle legalmente en el territorio de un Estado] tiene derecho a escoger libremente en él su residencia” (art. 12 PIDCP), bajo la Convención sólo puede “residir en él con sujeción a las disposiciones legales”. De allí aquellas normas usuales y anacrónicas sobre las restricciones de los extranjeros para instalarse en las fronteras.⁽⁵⁵⁾ De lo contrario, ello significa acumular dobles condiciones para las personas extranjeras (cumplimiento del ingreso “legal”, cumplimiento de otras condiciones legales para residir), en clara discriminación a las personas nacionales, que no experimentan ni la una ni la otra.

En general, el haz de fundamentos para la restricción en el ejercicio de dichos derechos —tanto circular y residir como salir de cualquier país— es mucho más amplio en la CADH, incluso para aquellos extranjeros en situación legal, ya que incluye motivos tales como “medidas indispensables” en una sociedad democrática, prevención de infracciones penales, seguridad pública, protección de la seguridad nacional, moral y orden públicos, derechos y libertades de los demás y hasta restricción “en zonas determinadas por razones de interés”. De este modo, esta previsión más gravosa de la CADH limita el goce y ejercicio de este derecho según el reconocimiento que del mismo hace el Pacto de Derechos Civiles y Políticos (art. 29.b de la Convención) de maneras que podrían ser incompatibles con el principio de igualdad y no discriminación e “igual trato”, previsto en la ley argentina. Entonces, de las posibilidades de los Estados americanos se eliminan las siguientes cláusulas habilitantes de restricción:

.....

(55) Si se trataba de disposiciones pensadas para que personas extranjeras, físicas o jurídicas, no ocuparan grandes extensiones de territorio cerca de la frontera, ha sido totalmente ineficaz. Como trámite, la autorización suele ser una mera formalidad. Si se trata de proteger la seguridad, siempre puede restringirse por vía de excepción.

- a. "prevención de infracciones penales" (por esta hermandad que une la migración con lo penal) y
- b. "zonas determinadas por razones de interés general".

Además de la aplicación del Comentario General del Comité de Derechos Humanos (N° 27, de 1999) sobre la libertad de circulación, es de recordar que cualquier tratamiento diferencial debe ser justificado (párr. 4); tratándose dicha disposición un equivalente del inciso 3 del art. 22, se sigue que la condición de extranjero ni la situación migratoria es condición suficiente para sustentar ninguna restricción permitida, sino que la misma debe obedecer a las limitaciones ya mencionadas, con independencia de la calidad de nacional o extranjero.

12 | Derecho a un egreso consentido y limitación de la expulsión

Al hacer referencia al consentimiento, como sinónimo de voluntario, refiere a la tensión que existe entre la existencia de un derecho a migrar y las regulaciones sobre la expulsión como facultad del Estado argentino. Aunque es claro que no podría decirse que la existencia de tal derecho indicaría que ninguna persona podría ser expulsada (por ejemplo, en cumplimiento de un convenio de extradición), el mismo derecho a migrar permite mirar la cuestión desde otra óptica y no sólo desde las garantías que se pueden ofrecer a una expulsión o su "humanización". Nuevamente, señalamos que no es "política migratoria" con "derechos humanos" (como si estos últimos fueran un condimento), sino la política (migratoria) de los derechos humanos, un nuevo punto de partida.

La expulsión, de hecho, es una de las cuestiones que ha ocupado mayor lugar en la CTM y es uno de los asuntos más regulados en la ley 25.871. Entonces⁽⁵⁶⁾ "si todos los caminos conducen a Roma", podemos decir que todas las infracciones —migratorias y otras—, se enderezan hacia la expulsión, mostrando como todo el sistema "garantiza" la expulsabilidad de las poblaciones migrantes a que refiere Sayad .

Una síntesis de las principales disposiciones en los instrumentos analizados luce en el cuadro a continuación:

.....

(56) La extensa aunque dispersa reglamentación argentina sobre la expulsión indica esa multiplicidad de puntos por los cuales la persona migrante puede "caer en desgracia" (arts. 65, 66, 67, 68; 35, 43, 36, 37, 61, 62, 63, 70).

CUADRO 4 COMPARACIÓN DE LAS GARANTÍAS
CONTRA LA EXPULSIÓN (MÍNIMOS INTERNACIONALES)

Derecho / Instrumento	PIDCP	CADH	CTM ⁽⁵⁷⁾
<p>Condiciones de expulsión / No ser expulsado</p>	<p>Art. 13. El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado Parte en el presente Pacto sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley; a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello, se permitirá a tal extranjero exponer las razones que lo asistan en contra de su expulsión, así como someter su caso a revisión ante la autoridad competente o bien ante la persona o personas designadas especialmente por dicha autoridad competente, y hacerse representar con tal fin ante ellas.</p>	<p>Art. 22. Nadie puede ser expulsado del territorio del Estado del cual es nacional. 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. En ningún caso el extranjero puede ser expulsado o devuelto a otro país, sea o no de origen, donde su derecho a la vida o a la libertad personal está en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas. 9. Es prohibida la expulsión colectiva de extranjeros.</p>	<p>Art. 22. 1) Los trabajadores migratorios y sus familiares no podrán ser objeto de medidas de expulsión colectiva. Cada caso de expulsión será examinado y decidido individualmente. 2) 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. 3) La decisión les será comunicada en un idioma que puedan entender. Les será comunicada por escrito si lo solicitasen y ello no fuese obligatorio por otro concepto y, salvo en circunstancias excepcionales justificadas por razones de seguridad nacional, se indicarán también los motivos de la decisión. Se informará a los interesados de estos derechos antes de que se pronuncie la decisión o, a más tardar, en ese momento. 4) Salvo cuando una autoridad judicial dicte una decisión definitiva, los interesados tendrán derecho a exponer las razones que les asistan para oponerse a su expulsión, así como a someter su caso a revisión ante la autoridad competente, a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello. Hasta tanto se haga dicha revisión, tendrán derecho a solicitar que se suspenda la ejecución de la decisión de expulsión. 5) Cuando una decisión de expulsión ya ejecutada sea ulteriormente revocada... no se hará valer la decisión anterior para impedir a esa persona que vuelva a ingresar en el Estado de que se trate. 6) En caso de expulsión, el interesado tendrá oportunidad razonable, antes o después de la partida, para arreglar lo concerniente al pago de los salarios y otras prestaciones que se le adeuden y al cumplimiento de sus obligaciones pendientes.</p> <p>Art. 49. 2. Ningún trabajador migratorio o familiar suyo será privado de su autorización de residencia o permiso de trabajo ni expulsado por el solo hecho de no cumplir una obligación emanada de un contrato de trabajo, a menos que el cumplimiento de esa obligación constituya condición necesaria para dicha autorización o permiso.</p> <p>9. La expulsión del Estado de empleo no menoscabará por sí sola ninguno de los derechos que haya adquirido de conformidad con la legislación de ese Estado un trabajador migratorio o un familiar suyo, incluido el derecho a recibir los salarios y otras prestaciones que se le adeuden.</p>

(57) Debe tenerse presente que salvo el art. 22, la enumeración de la CTM volcada en este cuadro es para trabajadores "documentados o en situación regular".

Derecho / Instrumento	PIDCP	CADH	CTM
Condiciones de expulsión / No ser expulsado			<p>Art. 50. 2. Se dará a los familiares a quienes no se conceda esa autorización (de residencia) tiempo razonable para arreglar sus asuntos en el Estado de empleo antes de salir de él.</p> <p>Art. 56. 1) Los trabajadores migratorios y sus familiares a los que se refiere la presente parte de la Convención no podrán ser expulsados de un Estado de empleo salvo por razones definidas en la legislación nacional de ese Estado y con sujeción a las salvaguardias establecidas en la parte III. 2) No se podrá recurrir a la expulsión como medio de privar a un trabajador migratorio o a un familiar suyo de los derechos emanados de la autorización de residencia y el permiso de trabajo. 3) Al considerar si se va a expulsar a un trabajador migratorio o a un familiar suyo, deben tenerse en cuenta consideraciones de carácter humanitario y también el tiempo que la persona de que se trate lleve residiendo en el Estado de empleo.</p>

Lo primero que sabemos es que pese al texto literal de los artículos, el SIDH ha reconocido que la expulsión de personas con residencia ilegal también debe hacerse conforme a la ley (art. 22.2 CTM)⁽⁵⁸⁾ y con las garantías de rigor (incluso la presentación de su caso ante las autoridades administrativas y judiciales competentes) y que para todos los casos se prohíbe la expulsión colectiva. Más aún, mejora el trámite de expulsión. Cabe señalar que si en Argentina el art. 61 prevé la suspensión de la expulsión para dar intervención al juez, la CTM prevé la suspensión hasta que la persona sea oída como derecho para todos los casos (art. 22.4).

Entonces, ¿qué límites pueden encontrarse al ejercicio de la expulsión en Argentina, habida cuenta del derecho a migrar? Uno de los pocos límites de fondo dados por el panorama internacional es aquel que obliga a tener en cuenta consideraciones de carácter humanitario (56.3 CTM) así como el tiempo de permanencia que la persona lleve en el Estado de empleo (56.3 CTM). De manera similar, la Argentina prevé dispensar obligatoriamente de la expulsión en razón de la familia (art. 70, párr. 3,

(58) La CTM vino a despejar aquella interrogante formulada sobre el inciso 6 del art. 22 CADH: de ninguna manera se permite la expulsión de un extranjero, sea éste regular o irregular, si no es (i) en cumplimiento de una decisión (ii) adoptada por la autoridad competente (iii) conforme a la ley (art. 22.2 CTM). Además, la CTM viene a plasmar algunos aspectos de primera importancia: la comunicación de la decisión en un idioma que puedan entender (22.3) y por escrito, derechos que deben ser informados antes de que se pronuncie la decisión.

art. 62 penúltimo párrafo) y dispensas facultativas en razón del tiempo de residencia (art. 62 último párrafo).

Asimismo, si su derecho a la vida o libertad personal se encuentra en riesgo de violación en caso de proceder a su expulsión o devolución a cualquier país (principio de no devolución) no puede procederse a la expulsión (art. 22.8 CADH), aunque pudiera argumentarse que la aplicación de este principio es sólo para el caso de las personas refugiadas⁽⁵⁹⁾ la CADH lo reconoce en todos los casos (y la legislación argentina distingue refugiados y otras razones humanitarias) y en definitiva, lo que convierte a una persona en tal son estas mismas condiciones, por lo cual el estatus de refugiada es sólo una "oficialización" a los fines de protegerla: la sola existencia de riesgo para su vida o libertad personal, con independencia del estatus que se le ha reconocido, justifica la aplicación del principio de no devolución, que además es una norma de *ius cogens*.

Así, este panorama permitiría llegar a una conclusión opuesta a la de César San Juan,⁽⁶⁰⁾ para quien el panorama internacional (al menos hasta hace unos años) confirmaría la opinión de la doctrina nacional según la cual "...la deportación del extranjero que ha ingresado violando los controles migratorios o que ha permanecido más tiempo que el autorizado en el país, no permitiría hablar estrictamente de expulsión sino que en rigor, constituye un ejercicio retroactivo del control de admisión" (

13 | Algunas conclusiones

Este artículo tuvo la intención de proponer un posible contenido para un núcleo básico del derecho a migrar, conformado en primer lugar por los estándares internacionales en torno a la migración que vienen a conformar un mínimo —ya que existen con independencia respecto del reconocimiento del derecho a migrar— y en segundo, por las mayores determinaciones argentinas, según surge de las disposiciones de la ley 25.871. Por supuesto, siempre se debe estar atento al estándar que resulte más

(59) Money, Jeannette, op.cit

(60) SAN JUAN, CÉSAR, "Control Migratorio y Derechos Humanos", en *Revista Argentina de Derechos Humanos*, n° 1, 2004, pp. 278 y ss.

favorable en el caso concreto (en líneas generales, la mayor extensión argentina lo es, sobre todo a partir de reconocer un derecho a migrar que no tiene parangón internacional) y ante la duda, *pro persona*.

Además de pensar el derecho a un tránsito seguro, hay otras áreas para explorar en términos de derechos a partir del derecho a migrar, como lo son la obtención de la documentación necesaria para salir del país de residencia, la posibilidad efectiva de hacerlo y una vez "migrado", existen otros derechos que componen la migración fuera de la movilidad exclusivamente. Mármora⁽⁶¹⁾ por ejemplo, incluye dentro de los "derechos humanos de los migrantes y sus familias" el "derecho a la justicia social" bajo el cual, aludiendo a los "derechos de segunda generación", menciona tres dimensiones que considera más relevantes: la laboral, la de los servicios sociales y la política. En la primera, cuenta (i) los derechos a la igualdad de oportunidades, igualdad de salarios e igualdad de condiciones de trabajo; en la dimensión de servicios sociales: (ii) la utilización de servicios tales como los de salud, vivienda y educación; y finalmente (iii) la participación política, tanto en el país donde reside como en el país de origen. Mucho de esto ha sido recogido en la actual ley argentina de migraciones, la segunda fuente de derechos contenidos en el derecho a migrar. En la determinación interna del margen de apreciación que tenía para aplicar el principio de igualdad y no discriminación, la ley argentina consagra uno de los estándares más altos, al establecer que "...asegurará las condiciones que garanticen una efectiva igualdad de trato a fin de que los extranjeros puedan gozar de sus derechos y cumplir con sus obligaciones, siempre que satisfagan las condiciones establecidas para su ingreso y permanencia, de acuerdo a las leyes vigentes" (art. 5). Asimismo, las discusiones en torno a los derechos políticos de los migrantes y a la presencia en el territorio como otra forma de *ius soli* que les permita adquirir ciudadanía, hace que este derecho en particular, que supera el estándar mínimo de la CADH, deba ser incluido.

Otro caso es el del derecho a la reunificación familiar y a la no desmembración familiar. La consideración de la familia en esta política migratoria argentina requeriría un análisis aparte, pero forma indudablemente parte del derecho a migrar. De hecho, la existencia de familia es una de los pocos motivos que pueden detener, en la ley argentina, una orden de

(61) MÁRMORA, LELIO, *op.cit*

expulsión o permitir un ingreso que no cumpla alguna de las detalladas categorías del art. 29. Existe por un lado una dispensa facultativa de DNM (regulada en el art. 29) y dos obligatorias (arts. 61 y 70). Por la primera, "DNM, previa intervención del Ministerio del Interior, podrá admitir excepcionalmente (...) por razones de reunificación familiar a extranjeros comprendidos en el presente artículo" (art. 29 último párrafo). Esto quiere decir, en rigor, que aquellos extranjero que no "entren" en algunas de las categorías podrán, no obstante, ser admitidos o permitido su ingreso. En el caso de que sí cumplieran con alguna de las categorías —como sugiere la redacción—, no es necesario incluir una cláusula residual de "admisión excepcional". Para el caso de la regularización de personas presentes en territorio argentino, se tiene en cuenta "su parentesco con nacionales argentinos" a los efectos de conminar a una persona a regularizar (art. 61). Incluso, las cancelaciones de residencia serán dispensadas cuando la persona extranjera fuese padre, hijo o cónyuge de argentino (art. 62), salvo que la DNM expresamente decida lo contrario. O sea, el principio es la no cancelación en estos casos, aunque la familia reconocida sea mínima (padre, cónyuge, hijo).

Por último, incluso decretada la expulsión o ordenada la retención de la persona —cuyo trámite se verá en detalle más adelante— producida esta última, "...si el extranjero alegara ser padre, hijo o cónyuge de argentino nativo(...) la DNM deberá suspender la expulsión y constatar la existencia del vínculo alegado(...)acreditado que fuera el vínculo el extranjero recuperará en forma inmediata su libertad y se habilitará respecto del mismo, un procedimiento sumario de regularización migratoria" (art. 70). Este aspecto es interesante además, pues, resuelve para aquellas personas extranjeras que tuvieran familiares en el país, una de las causales de expulsión que tiene más adeptos: la imposibilidad de probar el ingreso "legal". En caso de no poder probar dicho ingreso y se llega hasta la instancia de expulsión física, la existencia de familiares detiene el proceso y debe iniciarse un proceso de regularización, en el cual la ausencia de ingreso legal —o incluso la prueba de que ingresó clandestinamente— no puede ser obstáculo, ya que de lo contrario, la dispensa del art. 70 no tendría sentido. Esto permite comprender la dicotomía señalada por una de las informantes entrevistadas para la investigación que expresó "...me veo en la paradoja de decirles que vuelvan recién con la orden de expulsión", para así poder regularizar por razones familiares.

Finalmente, no debe perderse de vista que la intención argentina en materia de migración se encuentra en las antípodas de las ideas imperantes, lo cual conlleva importantes desafíos en un panorama donde hay mucho por hacer pero más aún, por deshacer. Como tema de agenda (sobre todo internacional) no debería perder posiciones: hay un ámbito de autonomía relativo y específico para aprovechar en pos de liderar los incipientes cambios migratorios en Latinoamérica.
