

17/11/2015 9:11:00

DO_194694/2015 | AR/DOC/3942/2015

Derecho penal y migraciones. Principio de igualdad, no discriminación y derecho a migrar en el otorgamiento de la libertad condicional

POR LILA GARCÍA Y ANA PAULA
PENCHASZADEH

“Es así que, dentro de la ley pero encima de ésta, es posible generar espacios vacíos de jurisdicción para combatir al enemigo: espacios de derecho para quienes no se merecen estar en él: estados de excepción”.

(Moreno, 2014:137)

En el presente artículo se abordará el vínculo entre migraciones y democracia, esta última comprendida como la vigencia plena del estado de Derecho, a partir del análisis de una sentencia que pone el énfasis en el principio de igualdad y no discriminación de los extranjeros frente al instituto de libertad condicional.

1. En la Argentina, se habla mucho del impacto de las migraciones en el sistema penal. Los medios de comunicación, así como algunos funcionarios públicos, repiten machaconamente que el porcentaje de personas migrantes en el sistema penal es, en términos proporcionales, claramente superior al de los nacionales. Para despejar dudas al respecto, es importante remarcar que la población migrante del país representa el 4,5% de la población total del país, según el censo de 2010, mientras que la población penitenciaria extranjera rondaría entre el 5% y el 6% según los informes anuales de 2013 y 2014 del Sistema Nacional de Estadísticas sobre Ejecución de la Pena.

A todas luces, entonces, no podemos hablar de una gran sobrerrepresentación de los extranjeros en el sistema penal en general, máxime cuando se tiene en cuenta que en la población extranjera los grupos etarios económicamente activos son más numerosos: el 98% de la población penitenciaria

tiene entre 18 años y 64 años, a su vez, el 71% de los migrantes tiene entre 15 y 64 años, mientras que el 64,2% de los argentinos tiene entre 15 y 64 años; esta variación permitiría explicar, al menos parcialmente, la diferencia proporcional entre la cantidad de migrantes a nivel de la población total del país y el número de migrantes.

La intersección y —más aún— retroalimentación entre los regímenes legales para personas extranjeras y el derecho penal es una constante señalada por varios estudios. Como área de investigación ha sido fértil al punto de obtener su propia denominación: *crimmigration*. Esta literatura “sugiere que el enlazamiento de estas esferas regulatorias ha sido en detrimento de los extranjeros captados por la red resultante de controles que amplía la discreción de las agencias de ejecución legal, aumenta la criminalización de los no-ciudadanos, con limitadas protecciones y permite sanciones más duras. Este encuentro también significa que los sitios de control no están más confinados a las paredes de las cárceles, locaciones policiales y celdas: las medidas resultantes habitan un fluido espacio legal e institucional”⁽¹⁾. En suma, la *crimmigration* se concentra en cómo las leyes penales y las migratorias interactúan extendiendo el control del Estado ⁽²⁾.

Desde la *crimmigration* se ha investigado cómo opera el sistema penal respecto de las personas extranjeras ⁽³⁾, el rol de la cárcel en el gobierno mismo de las migraciones ⁽⁴⁾ y de las normas penales en general como disciplinamiento y subordinación ⁽⁵⁾ y la criminalización de la

⁽¹⁾ Aliverti, Ana (2015), "Doing away with decency? Foreigners, punishment and the liberal state". In: Eriksson, Anna, (ed.) Punishing the other: the social production of immorality revisited. Routledge frontiers of criminal justice (29). Abingdon: Routledge.

⁽²⁾ Ídem.

⁽³⁾ Monclús Masó, Martha, La Gestión Penal de La Inmigración. El Recurso Al Sistema Penal Para El Control de Los Flujos Migratorios (Buenos Aires: Editores del Puerto, 2005).

⁽⁴⁾ Cesano, José D. - Caffarena, Borja - Santoro, Emilio, Cárcel, Inmigración y Sistema Penal (Buenos Aires: EDIAR, 2008).

⁽⁵⁾ Sólo por ejemplo, Brandariz García, José (2009), "Funcionalidad de la construcción de los migrantes como sujetos de riesgo en el sistema penal español: Derecho Penal del Enemigo, gestión de la exclusión e inclusión subordinada", Rivista di filosofia del diritto internazionale e

17/11/2015 9:11:00

DO_194694/2015 | AR/DOC/3942/2015

migración en general, sobre todo de los medios de comunicación ⁽⁶⁾, un aspecto central en la construcción de mitos en torno a las personas migrantes ⁽⁷⁾.

Sin embargo, es preciso remarcar que hay muy pocas investigaciones empíricas que evalúen la relación entre migraciones y sistema penal en Argentina ⁽⁸⁾ y, en general, se señala que no se ha indagado en profundidad, lo que contribuye a alimentar mitos y discursos xenófobos que asocian sin mediaciones migración y delincuencia. En 2012, por iniciativa de la DNM y con el apoyo de la Organización Internacional para las Migraciones OIM, se presentó un informe sobre *El impacto de las migraciones en Argentina* en el que se abordó específicamente la vinculación entre migraciones y criminalidad. Ahí, si bien se mostró que la proporción de población migrante privada de libertad era superior a la nativa, también se mostró cómo el conjunto de prácticas discriminatorias ejercidas sobre los extranjeros, sujetos a una vigilancia y control constantes, llevan a aumentar las detenciones, procesamientos y condenas:

“La existencia de sobre-representación carcelaria de un determinado grupo étnico o nacional respecto a su presencia en la sociedad nos indica que el mismo ha sufrido un proceso de criminalización más intenso (lo que puede ser debido a una mayor criminalidad, a discriminación en el sistema penal o una combinación de ambas cosas)”⁽⁹⁾.

Entre las razones que permitirían una comprensión de la sobre-representación de los migrantes en el sistema penitenciario caben mencionar el carácter racista, xenófobo y discrecional de la fuerza policial (como puerta selectiva de migrantes hacia el sistema penal), la

hiperponderación de la instancia policial en la definición de la criminalidad, sin las debidas mediaciones jurisdiccionales (agravada por la inexistencia de estadísticas), etc. Históricamente, el lazo entre migración y delincuencia ya se había hecho patente en la Argentina desde al menos la Ley de Residencia ⁽¹⁰⁾.

En esta oportunidad, el presente artículo busca analizar el otorgamiento de la libertad condicional a una persona extranjera. En la Argentina, algunos debates sobre la intersección que señalábamos se han dado en torno a: (i) la expulsión anticipada que extingue la pena (art. 64.a de la Ley de Migraciones), donde algunos juristas y fiscales han confundido la (sanción) de expulsión con “libertad”⁽¹¹⁾, interpretación no recogida, felizmente, por la Cámara de Casación; (ii) la aplicación de motivos penales para denegar residencia en Argentina (art. 29.c Ley de Migraciones) y en menor medida, (iii) la negativa a la solicitud de excarcelación de personas extranjeras (por ejemplo en los casos “Bogado”, de 2009 ⁽¹²⁾, “Alcántara Palacios” de 2008 ⁽¹³⁾, “Marjanojic”⁽¹⁴⁾; (iv) el régimen de prisión domiciliaria para madres extranjeras presas con hijos ⁽¹⁵⁾.

La sentencia que se analiza aquí rectifica una primera actuación en la que se le niega el derecho de la libertad condicional a un extranjero aduciendo que no se encuentra en condiciones de cumplir con el conjunto de requisitos supuestamente exigidos para otorgar este derecho, en especial, debido a su condición migratoria (irregular), lo cual le impediría reinsertarse

della politica globale, disponibile en: <http://www.juragentium.org/topics/migrant/es/brandari.htm>.

⁽⁶⁾ Entre muchos otros: Wagman, Daniel (2006), “Los medios de comunicación y la criminalización de los inmigrantes”, en Manuel Bastida (coord.), *Medios de comunicación y migración*, Programa CAM Encuentro, Murcia.

⁽⁷⁾ Véase Casaravilla, Diego, *¿Ángeles, demonios o chivos expiatorios? El Futuro de Los Inmigrantes Latinoamericanos En Argentina*, 2000.

⁽⁸⁾ OIM, *El impacto de las migraciones en Argentina*, Cuadernos Migratorios, Nro. 2, Argentina, 2012, p. 323.

⁽⁹⁾ *Ibid.*, p. 328.

⁽¹⁰⁾ Pacecca, María Inés (1998), “Personas extranjeras en cárceles federales. Vulnerabilidad y discriminación”.

⁽¹¹⁾ Por ejemplo, Rodríguez de Taborda, María Cristina (2015), “Expulsión de extranjeros condenados por narcotráfico”. *Revista de la Facultad*, Vol. V N° 2 Nueva Serie II (2014) 97-112.

⁽¹²⁾ C. Nac. Crim. y Corr. Fed.I, sala I, sent. del 6/10/2009.

⁽¹³⁾ C. Nac. Crim. y Correccional Federal, sala I, sent. del 23/7/2008.

⁽¹⁴⁾ C. Nac. Penal Económico, sala B, sent. del 29/5/2009.

⁽¹⁵⁾ Tabush, Constanza, “La situación de los hijos e hijas de mujeres migrantes detenidas en cárceles federales de Argentina”, en Universidad Nacional de Lanús and UNICEF Argentina, *Niñez, Migraciones y Derechos Humanos en Argentina. Estudio a 10 Años de La Ley de Migraciones* (Buenos Aires, 2013).

17/11/2015 9:11:00

DO_194694/2015 | AR/DOC/3942/2015

socialmente a raíz de las dificultades para obtener un trabajo “regular”.

2. El caso es sentenciado en apelación por la Sala IV de la Cámara Federal de Casación Nacional el 1 de abril de 2015. Aunque no se mencionan los hechos, por lo que trascendió en algunos medios de comunicación, se trataba de un caso relacionado con estupefacientes; al respecto, puede señalarse que a 2014, el 54% de las personas extranjeras detenidas en el sistema penitenciario federal lo estaba por delitos relacionadas con drogas y por condenas muy bajas, lo cual pone de resalto que se trata de eslabones fácilmente reemplazables al ser detenidos/as y blanco fácil del rastrillaje policial. El Tribunal Oral en lo Criminal nro. 3 había rechazado el pedido de libertad condicional sobre la base de la situación migratoria irregular de Meza Contreras, no había sido resuelta por la Dirección Nacional de Migraciones:

“atendiendo al sentido del ordenamiento jurídico en su conjunto, la situación migratoria del condenado se presenta como un obstáculo a los fines de su reinserción en un medio libre y en consecuencia, para alcanzar los objetivos del instituto requerido, en especial el de obtener un trabajo regular que le permita, precisamente, alcanzar aquella premisa, toda vez que las restricciones establecidas en la ley 25.871 para quienes residen irregularmente en el país en modo alguno resulta conciliables con la finalidad del beneficio que aquí se solicita”.

Lo primero que quisiéramos señalar es una perspectiva que suele pasarse por alto: la libertad condicional es un derecho⁽¹⁶⁾; con requisitos para su acceso y regulaciones razonables del Estado (al igual que muchos otros derechos). No se trata de un “beneficio” que depende de la gracia soberana. Esto es importante para situarnos en el plano de la discusión y dónde se ubican y deben ubicarse la persona (y el Estado) respecto al pedido de la libertad condicional.

Lo segundo es que resulta fundamental matizar y poner en contexto el conjunto de dificultades con las que se enfrentan los condenados en general (nacionales y extranjeros) para reinsertarse nuevamente en la sociedad y poder gozar

⁽¹⁶⁾ Véase por ejemplo la tesis doctoral de Tébar Vilches, Beatriz (2004), *El modelo de libertad condicional español*, Tesis Doctoral, Universidad de Barcelona.

efectivamente del instituto de la libertad condicional. Diferentes estudios muestran que la reincidencia en el delito y la incapacidad para cumplir con los requisitos de la libertad condicional son una constante debido a, entre otras cosas, el carácter puramente punitivo, empobrecedor y debilitante de la experiencia carcelaria, la ausencia de programas sociales que articulen entre cárceles y la comunidad, la perpetuación de los círculos de marginación a los que “vuelven” los ex presos, la inexistencia de oportunidades laborales formales y el común rechazo y estigmatización de la comunidad y la familia de los condenados⁽¹⁷⁾. Así, dice Kalinsky:

“Uno de los temas más trabajados y denunciados como un obstáculo principalísimo en el fracaso para superar el periodo de la libertad condicional es el de las dificultades que encuentran las personas recién salidas de la cárcel para encontrar un lugar para vivir un empleo más o menos estable y en “regla” (...) Si no se halla vivienda y trabajo quizá no sea pensable incorporarse al programa de libertad condicional, ya que son requisitos que se deben arreglar previo a la salida”⁽¹⁸⁾.

Estas circunstancias pueden verse reforzadas en el caso de las personas migrantes; justamente, el informe sobre inmigración y sistema penal de la Procuración Penitenciaria de la Nación señala el trabajo y la vinculación con el exterior como dos áreas problemáticas para las personas extranjeras⁽¹⁹⁾.

En particular, la situación administrativa irregular no sólo es fuente creadora de una mayor vulnerabilidad, sino que provoca que para la misma gestión diaria de la existencia se transiten los canales informales. Como punto de partida, Bustamante explica que la vulnerabilidad de las personas migrantes es una construcción social, derivada de las condiciones que impone la sociedad

⁽¹⁷⁾ Kalinsky, Beatriz, (2012), "Condiciones del cumplimiento de la libertad condicional en Argentina. Un período de transición", *Revista de Derecho*, Vol. XXV - N° 2 - Diciembre, Valdivia, ps 33-58.

⁽¹⁸⁾ Ídem, p. 43.

⁽¹⁹⁾ Procuración Penitenciaria de la Nación, *Prisión e inmigración. Población extranjera detenida en cárceles federales*. Cuadernos de la Procuración Penitenciaria de la Nación-Observatorio de Cárceres Federales, nro. 7, Buenos Aires, 2014.

17/11/2015 9:11:00

DO_194694/2015 | AR/DOC/3942/2015

receptora ⁽²⁰⁾; la base de estas condiciones diferenciales suelen ser legales (regímenes migratorios o de extranjería) y en general, las prescripciones legales que determinan quién es nacional y quién no. Estas diferenciaciones aparecen con fuerza para justificar el otorgamiento de un trato inferior, en derechos, respecto de las personas nacionales. En este sentido, la irregularidad (administrativa) de una persona migrante también es una producción legal y por tanto, estatal, derivada de las clasificaciones del movimiento (migrante, refugiado, turista, etc.), los requisitos impuestos para las categorías, etc.

Lo que queremos decir con esto es que la responsabilidad del Estado, tratándose de personas extranjeras en situación irregular, es mayor. A las dificultades propias de la reinserción de personas egresadas del sistema carcelario, se suman las creadas directamente por el propio Estado para las personas no-nacionales. La irregularidad migratoria, decíamos, tiene entre sus efectos el de inscribir a la persona en la informalidad para la gestión de su vida diaria.

Esta ilegalización (porque hay un acto productivo estatal detrás) tiene varias funciones específicas: permite la apropiación del discurso de los migrantes como delincuentes (pues así son realmente “ilegales”, están fuera de la ley) y acortar las distancias entre lo penal y lo migratorio; opera como un mecanismo de fijación, ya que la persona declarada ilegal no puede ingresar o egresar del país (al menos no “legalmente”, claro está), ni cambiar de trabajo, ni circular libremente, siempre a riesgo de que le soliciten los “papeles” que no tiene ⁽²¹⁾. Obliga así a moverse en la clandestinidad y en numerosos circuitos informales (venta ambulante, talleres clandestinos, trabajo en negro en general, viviendas precarias, etc.), lo cual alimenta en la práctica la idea del “migrante fuera de la ley”.

Señala Santoro, en este sentido, que “las personas irregularmente presentes en el territorio incurren, sólo para diligenciar sus exigencias

vitales, inevitablemente en irregularidades administrativas y delitos (o los causan) (...) además de trabajar en negro (...) a menudo trabajan en mercados ilegales, falsifican documentos, no obedecen la orden de alejarse del territorio nacional o la prohibición de no reingresar, entre otras cosas”⁽²²⁾.

La ilegalización, por último, consolida la ilegalidad primera y parece recrearse como un estatus de institución, de prisión abierta, que va transmitiendo, incluso a las generaciones nacidas en el lugar de destino -“inmigración de segunda generación”, aunque como suele señalarse, estas personas no han migrado a ningún lado-, esta percepción del migrante como algo anormal, irregular, no permitido ahí ni en ningún lado y que además, tiene una segura estrecha relación con las actividades “delictivas”. Al igual que otros en su misma condición de excluidos (locos, delincuentes, vagabundos, etc.), se permite respecto de ellos el encierro, el “aseguramiento” o la “retención”, por usar algunas versiones de la privación de la libertad dirigida a los y las migrantes ⁽²³⁾.

Pero, mucho antes de la expulsión, se encuentran todas estas modalidades de extrañamiento y los tratamientos excepcionales a los que pueden ser sometidos los extranjeros en una comunidad de acogida por el simple hecho de no ser nacional. A nivel mundial, la criminalización de la inmigración irregular viene generando un sistema embrionario de justicia precaria que se basa en políticas y prácticas persecutorias y carentes de todo tipo de garantías administrativas y procesales. Desde distintos sectores académicos y de la sociedad civil, se viene señalando el carácter perverso de la criminalización de la irregularidad migratoria: pues, como ya explicáramos, la irregularidad migratoria habla de sistemas públicos de registro de las personas deficitarios y perversos que producen aquello mismo que luego penalizan: la exclusión de los círculos formales de inserción social es la condición de una marginación que, a su vez, promueve formas delictivas y desviadas de supervivencia.

Así, no puede dejarse de remarcar la implicación mutua que existe hoy, en democracias fuertemente consolidadas, entre migraciones y criminalización:

⁽²⁰⁾ Bustamante, Jorge A. (2002), La vulnerabilidad de los migrantes internacionales como sujetos de derechos humanos, Documento Sobre Mejores Prácticas Relativas a Trabajadores Migrantes.

⁽²¹⁾ García, Lila E., “Nueva política migratoria y derechos de la movilidad. implementación y desafíos de una política basada en derechos humanos” (Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, 2013).

⁽²²⁾ Santoro, ob. cit., p. 186.

⁽²³⁾ García, ob. cit., 2013.

17/11/2015 9:11:00

DO_194694/2015 | AR/DOC/3942/2015

“El hecho de infringir la ley migratoria se volvió cada vez más y más 'criminal'”(24). La proliferación de mecanismos jurídicos o cuasi-jurídicos de excepción por parte de los países de acogida para la gestión de las migraciones es moneda corriente hoy: la irregularidad tiende a emparentarse con un crimen y los migrantes son vistos y tratados como delincuentes. En el caso argentino, debido a la fuerte impronta de derechos humanos de la Ley de migraciones 25.871, si bien no se penaliza ni se criminaliza *a priori* la irregularidad documentaria (incluso donde se han resuelto los trámites de expulsión, la mayoría no se sustancian), se producen situaciones de excepción frente a la condición de extranjería en general y en especial frente a la irregularidad. De esta forma, hay procesos claros de descuidadización de los inmigrantes y merma de sus derechos en diversas áreas claves: esto se ve claramente en relación con el sistema judicial donde no se cumplen muchas veces el conjunto de garantías procesales contempladas en la Ley de Migraciones, predominando los prejuicios y los estereotipos frente a las personas migrantes y que los derechos se entiendan como beneficios (la opción a la deportación mediante la pena y la libertad condicional, por ejemplo) que la comunidad política puede otorgar o no a los extranjeros.

En este marco, la situación de irregularidad, lejos de funcionar como un fundamento para denegar derechos, debería ser un argumento para requerir una mayor protección por parte de los Estados. Veamos con mayor detalle el uso de la irregularidad en la sentencia y la solución de la Sala.

3. El argumento central de la sentencia que viene a revocar el anterior pronunciamiento, y del cual se desgajan los restantes, es la interpretación del principio de igualdad (y no discriminación). Aunque la Sala no lo mencione explícitamente de esta manera y se refiera a él como “igualdad constitucional entre nacionales y extranjeros” o “no discriminación”, es este principio el que está en juego cuando los jueces argumentan que: (i) hacer valer la situación migratoria a los efectos de denegar la libertad condicional contradice la

igualdad de todos los habitantes (implicando, ergo, un trato desigual hacia las personas extranjeras frente a las nacionales); (ii) el Estado “se obliga a interpretar la migración como un derecho...humano”, lo cual tiene como consecuencia, a su vez, que se apliquen “todos los principios de derechos humanos”; (iii) el “derecho al debido proceso legal” juega “independientemente de su estatus migratorio”, por lo que “la calidad migratoria no puede constituir una justificación para privarla del goce y ejercicio de sus derechos humanos”.

En efecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha reconocido que el principio de igualdad y no discriminación pertenecen al dominio del *ius cogens*: se trata de una norma imperativa de derecho internacional que no requiere, para tener vigencia y ser exigida, que un Estado haya ratificado algún tratado determinado. Muy pocas disposiciones forman parte del *ius cogens* y este principio en particular es estructurante de la misma protección en derechos humanos y definitorio para las personas migrantes.

Ello, al punto que este reconocimiento de *ius cogens* lo hizo la Corte IDH a propósito de las personas migrantes en situación irregular, en su Opinión Consultiva nro. 18/2003. Pese a que las previsiones generales de los tratados de derechos humanos incluyen “origen nacional” u “otra condición social” como motivos sospechosos de discriminación o directamente prohibidos, también contienen exclusiones más o menos explícitas para las personas extranjeras en general (ej. art. 23 CADH, referido a los derechos políticos) o para aquellas en situación irregular (ej. art. 22 CADH al referirse a la circulación). Entonces y en teoría, el hecho de ser extranjero se presenta importante *solamente* para el ejercicio de derechos políticos y la situación migratoria en sí, para circular dentro de un territorio que no es el propio. Sin embargo, las prácticas de los Estados dan usos mucho más extendidos a la extranjería o la situación irregular; en definitiva, la “facultad” (no el “derecho”) de fijar cada Estado su política migratoria subsiste y coexiste con el derecho humano a migrar.

Justamente, esto del derecho a migrar es uno de los puntos de discusión más álgida en derechos humanos. A nivel internacional, no existe instrumento vinculante que lo reconozca como derecho; se reconoce el derecho a salir de cualquier

(24)Moreno Hernández, Hugo César (2014), "Desciudadización y estado de excepción", Revista Andamios, Volumen 11, número 24, enero-abril, México, p. 125-148, p. 130.

17/11/2015 9:11:00

DO_194694/2015 | AR/DOC/3942/2015

Estado pero no se menciona explícitamente el de entrar en otro del cual no se sea nacional; por supuesto, si no hay derecho a entrar difícilmente pueda hablarse de derecho a migrar. De allí la importancia de las legislaciones internas que reconocen este derecho: Argentina, Uruguay, Ecuador y más recientemente, Bolivia, han incorporado a sus obligaciones internacionales la migración como derecho ⁽²⁵⁾.

En Argentina, la Ley de Migraciones 25.871 (en vigencia desde enero de 2004) ha plasmado el derecho a migrar en su artículo 4, al establecer que “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”. La consecuencia más importante de este reconocimiento se insinúa en la sentencia en comentario cuando dice que “el Estado se compromete a que, tanto su política general como sus actos en cada caso en relación a cada persona migrante, se ajusten al tratamiento que se debe dar a un derecho fundamental”. Concretamente, postular la migración como un derecho invierte la regla histórica de la soberanía clásica del Estado:

“ya no es el Estado el que decide qué personas y grupos, con qué características fenotípicas y dotación simbólica, qué habilidades y disposiciones se van 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”⁽²⁶⁾.

Entonces, aunque el Estado argentino conserva facultades para *pensar* y articular su propia política migratoria, cuenta con al menos dos grandes límites: (i) por un lado, el del respeto a los derechos humanos de todas las personas (donde se

encuentran el derecho a la protección de la familia, a las garantías del debido proceso, a la protección judicial y el acceso a la justicia, a la libertad personal, etc.), sin discriminación por ser persona extranjera o en situación irregular; por otro, (ii) la inversión de prioridades derivada del reconocimiento de la migración como derecho de la persona: su plan de vida se vuelve prioritario frente al Estado, este debe proteger su derecho y por ello (de conformidad con antigua y constante jurisprudencia del sistema interamericano), “organizar todo el aparato gubernamental y en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”⁽²⁷⁾.

De allí que el derecho a migrar sea vital para resolver este y muchos otros casos, y constituya un acierto que la Sala lo aborde, algo que no es frecuente en las instancias del Poder Judicial que tratan central o coyunturalmente temas migratorios.

Además, la Ley de Migraciones reconoce otros derechos que tampoco pasa por alto la Sala en su sentencia. El artículo 6 de la ley 25.871 provee una fórmula amplia de aplicación de la igualdad, al decir que “el Estado en todas sus jurisdicciones asegurará el *acceso igualitario* a los inmigrantes y sus familias en las mismas condiciones de protección, amparo y derechos de los que gozan los nacionales, en particular lo referido a *servicios sociales*, bienes públicos, salud, educación, *justicia, trabajo*, empleo y seguridad social” (énfasis agregado). Así, menciona dos casos específicos (pero que no son los únicos), donde la situación migratoria no afecta el acceso a derechos: educación (art. 7) y salud (art. 8). En la misma línea, se podrían dar otros ejemplos de derechos que no deberían verse afectados, como puede ser en el caso, el acceso al derecho a la libertad condicional.

En la misma línea argumentativa, la Sala recoge la aplicación de ciertos principios que deben tenerse en cuenta por tratarse la migración de un derecho humano: además de la igualdad y la no discriminación, “*pro homine*, razonabilidad, no regresividad, etc.”.

⁽²⁵⁾ Por las consecuencias en derechos humanos, para los Estados, de reconocer internamente un derecho a migrar, véase por ejemplo García, Lila Emilse, “Migración y derechos humanos. Implicancias de La Nueva Política Migratoria Argentina” (Universidad Nacional de La Plata, 2010).

⁽²⁶⁾ Vior, Eduardo J. - Bonilla, Alcira (2008), “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,” in X Congreso de Antropología Social: Fronteras de La Antropología.

⁽²⁷⁾ Sólo por citar un caso: Corte IDH, “Ríos c. Venezuela”, 2009, párrafo 137.

17/11/2015 9:11:00

DO_194694/2015 | AR/DOC/3942/2015

Por el principio de progresividad (y su complementario, el de no regresividad), se ha dicho que es un aspecto medular de los derechos pues atiende a las necesidades cambiantes tanto históricamente como de sociedad en sociedad en un mismo momento dado; se relaciona así con la constante evolución ⁽²⁸⁾ pero en un sentido determinado: los derechos humanos constituyen un piso mínimo sobre el cual no puede volverse; la evolución es siempre hacia más y mejor, incluso con los riesgos que la multiplicación puede traer para la efectividad de los derechos humanos. Implica, en ese sentido, “una toma de posesión — todavía inconclusa— del hombre frente al Estado, en su lucha por acotar y racionalizar el poder”⁽²⁹⁾.

Como contrapartida, la característica de irreversibilidad (o principio de no regresividad) viene a marcar que las conquistas quedan incluidas en los atributos de la persona humana y por tanto, adquieren todos los caracteres de los derechos humanos, entre ellos la imprescriptibilidad (las conquistas no van a poder perderse por el paso del tiempo ni por caducidades legales) y la inviolabilidad (ya no podrán ser desconocidas por el poder público ni por nadie, en lo sucesivo, pues entrañan obligaciones generales de tipo *erga omnes*).

La no regresividad viene a ser así el mínimo cumplimiento del principio de progresividad. Según la Corte IDH, de la obligación de progresividad “se desprende un deber —si bien condicionado— de no-regresividad, que no siempre deberá ser entendido como una prohibición de medidas que restrinjan el ejercicio de un derecho”⁽³⁰⁾.

Una de las consecuencias de este principio es que un derecho reconocido como “humano”, como es la migración, no podría ser derogado ni rebajado a la categoría de meramente “legal”; más aún, existe la obligación de proveer mayor densidad a la formulación y protección del derecho a migrar.

Por su parte, el principio *pro homine* (también llamado “*pro persona*”) es al derecho internacional

de los derechos humanos lo que el *in dubio pro reo* o el *in dubio pro operario* es al derecho penal o al laboral: una garantía de interpretación para proteger a la parte más débil, cuyo “propósito último es preservar la dignidad humana”⁽³¹⁾. Según este “criterio hermenéutico”, “debe acudir a la norma más amplia o a la interpretación extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o a su suspensión extraordinaria”⁽³²⁾. Otro tanto ya había sido señalado por la Corte IDH, al sostener que se trata del “principio de interpretación extensiva de los derechos humanos y restrictiva de sus limitaciones”⁽³³⁾.

Como consecuencia, la interpretación debe siempre favorecer a la persona involucrada y buscar proteger de la manera más amplia sus derechos. Así, por ejemplo, no se puede oponer la observancia de ciertos requisitos formales por sobre “los fines para el cual han sido diseñados los diferentes procedimientos”⁽³⁴⁾.

4. “El sistema de sociedad contemporáneo presenta otros mecanismos de legislación para la descuidadización mediante la distinción entre ciudadanos plenos y entidades biológicas que a pesar de mantenerse insertas en la ficción nacer-nación, para su tratamiento se les aplica un estado de excepción particularizado que los singulariza distinguiéndolos y separándolos. El llamado derecho penal del enemigo permite esta operación” (Moreno, 2014: 134).

En conclusión, la sentencia recoge la igualdad entre nacionales y extranjeros y uno de sus derivados (el derecho a migrar) para aplicar de igual manera el instituto de la libertad condicional. La sentencia, objeto de análisis en este artículo, basándose en la Constitución Nacional recuerda

⁽³¹⁾ Corte IDH. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79. Voto concurrente del juez S. García Ramírez, párrafo 2.

⁽³²⁾ Pinto, Mónica, *Temas de Derechos Humanos* (Buenos Aires: Editores del Puerto, 1997), p. 81.

⁽³³⁾ Corte IDH. La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, voto juez Piza Escalante, párrafo 12.

⁽³⁴⁾ Corte IDH, casos Velázquez Rodríguez, párrafo 33, Fairén Garbis, párrafo 38; Godínez Cruz, párrafo 36.

⁽²⁸⁾ Cfr. Ayala Corao, “El derecho de los derechos humanos (la convergencia entre el derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos)” en V Congreso de Derecho Constitucional Iberoamericano, Serie Estudios Doctrinales, México: IIJ-UNAM, 1998, pp. 37-92.

⁽²⁹⁾ Pacheco Gómez, “Supraconstitucionalidad de los derechos fundamentales”, ob. cit.

⁽³⁰⁾ Corte IDH, Acevedo, ob. cit., párrafo 103.

17/11/2015 9:11:00

DO_194694/2015 | AR/DOC/3942/2015

que todos los habitantes del territorio argentino son iguales ante la ley. A su vez, recuerda que el fundamento de la Ley de Migraciones 25.871 es el reconocimiento del derecho humano a migrar y de un amplísimo abanico de derechos (sociales, civiles, políticos y culturales) con absoluta independencia de la situación migratoria (regular o irregular) de las personas. Ahora bien, también echa luz sobre la preexistencia de un sistema paralelo de justicia de segunda clase (Aliverti, 2015), con menores garantías, cuando se refiere a personas extranjeras. No se trata de una abierta suspensión del estado de Derecho, sino de prácticas institucionales microfísicas que operan discriminando nacionales y extranjeros. El sujeto de justicia se construye en contraste con aquel que no lo es; se aplican así estándares jurídicos diferenciados.

Por demás, la aplicación igualitaria del instituto de la libertad condicional se ejerce en este caso sobre una persona que habría decidido quedarse en el país. El artículo 64.a de la Ley de Migraciones permite que, cumplido un cierto plazo, la persona extranjera condenada pueda pedir su expulsión de país; esta expulsión, que por demás, da por cumplida la condena, se produce al entender que el mejor contexto para la resocialización de la persona es el país del cual es nacional. Entonces, si la extranjero no optó por hacer uso de su derecho a ser expulsado (derecho que apunta, por demás, a tratar de crear condiciones iguales de resocialización para argentinos/as y extranjeros/as), se entiende que retiene los derechos derivados del quedarse, del decidir migrar a saber: cumplir la condena como cualquier argentino/a y que se le aplique en iguales términos la ejecución de su pena. En ese sentido, puede distinguirse entre la persona extranjera que vivía en la Argentina previo al delito de la que no: en las causas relacionadas con narcotráfico, una importante cantidad de extranjeros/as no reside en el país. En el caso, la misma sentencia cuenta que, a la fecha de comisión del delito, hacía más de tres años que residía en el país.

En este sentido, el caso de “Meza Contreras” permite revisar los argumentos xenófobos por los cuales se resuelve rechazar la solicitud de libertad condicional y mostrar así, la discriminación subyacente en la decisión del juez que decide apartarse de los informes penitenciarios favorables al otorgamiento de este derecho y crear una causal

de rechazo: “la causal relevada por el *a quo*”, dice la Sala, “no se encuentra prevista legalmente como causal impeditiva para la incorporación del condenado a la libertad condicional”. La figura del extranjero al cual se dirigían las leyes de Residencia y Defensa Social se han encarnado en la migración limítrofe y latinoamericana en general; no causalmente, el condenado es de nacionalidad peruana: para 2014, se estimaba que el 75% de la población detenida en cárceles del sistema penitenciario federal era latinoamericana⁽³⁵⁾.

Esta sentencia es entonces paradigmática porque permite deconstruir y desnaturalizar el vínculo casi necesario que se ha tejido en las últimas décadas (y que tiene una vigencia indiscutible a nivel mundial) entre migración irregular y crimen. La situación migratoria regular o irregular remite a una cuestión puramente administrativa que, en Argentina y a la luz de la Ley de Migraciones 25.871, debe resolverse por la vía administrativa a través de la Dirección Nacional de Migraciones (DNM) y (salvo circunstancias particulares y frente a una sentencia firme de expulsión, mediada por un juez) no debe ser penalizada mediante detenciones y la privación de la libertad, como bien lo señala la sentencia:

“la situación migratoria de Luis Manuel Meza Contreras es una cuestión administrativa que corresponde a la órbita de la Dirección Nacional de Migraciones y que, por lo tanto, y mientras el órgano jurisdiccional no autorice el extrañamiento de acuerdo a lo previsto en el art. 64, inc. 'a' de la ley mencionada, es independiente del trámite judicial relativo a la ejecución de la pena”.

Cuando se acude a argumentos que exceden lo que dicta y prevé la ley con base en la condición migrante de la persona (por ejemplo, al exigir un trabajo regular) estamos frente a una discriminación que podría tener su origen en una asociación infundada entre migraciones y crimen. Se puede observar que, a nivel mundial, la “ilegalización” de irregularidad documentaria, que es creada y recreada por los Estados y es la manifestación clara de una discapacidad pública de acoger al conjunto de sus habitantes en condiciones de igualdad, ha permitido la proliferación de prácticas e instituciones excepcionales (“iliberales”) para la “gestión” de las migraciones.

⁽³⁵⁾ Procuración Penitenciaria de la Nación, ob. cit., p. 31.

17/11/2015 9:11:00

DO_194694/2015 | AR/DOC/3942/2015

La perpetuación de la irregularidad documentaria, en el caso de personas extranjeras condenadas e institucionalizadas, a todas luces atenta contra el principio de igualdad ante la ley, en especial, cuando esta falta administrativa puede arrasar con otros derechos básicos, derechos a derechos (manifiestos en el conjunto de requisitos exigidos a Meza Contreras para acceder a la libertad condicional y a los cuales sólo podrá acceder si tiene los papeles en regla). Resulta por demás llamativo, cuestión sobre la cual la segunda sentencia rectificatoria no se detiene, que una persona que se encuentra “institucionalizada”, es decir, bajo la vigilancia del Estado argentino, pueda permanecer durante años en una situación irregular. Uno de los puntos que incluye la Ley de Migraciones 25.871 y que claramente la aparta de la anterior Ley Videla, es la obligación de las instituciones públicas de “orientar” y “facilitar” (no penalizar ni criminalizar) la regularización documentaria. Es preciso insistir aquí que ningún migrante elige la irregularidad, pues por sí misma implica una marginación de los circuitos de trabajo formales y de un conjunto de bienes y servicios básicos (alquileres, cuentas de banco, hipotecas, etc.).

Pero ¿qué es lo que permite y habilita estas derivas e interpretaciones discriminatorias que se alejan y ponen en jaque el principio de igualdad ante la ley? Lo que habilita esta perversión del espíritu de las leyes es el basamento Estado-céntrico de nuestros ordenamientos jurídico-políticos. El principio soberano que permite el trazado de una frontera y su regulación pende en gran medida del proceso selectivo y expulsivo que eventualmente pueden hacer y hacen los Estados sobre las personas migrantes.

Así, por más que los Estados democráticos se comprometan jurídicamente con el respeto del derecho internacional de los derechos humanos en toda su extensión, existe una disimetría, que funda la idea misma de ciudadanía, entre nacionales y extranjeros. Por lo pronto, el punto de inflexión básico, el umbral de extranjería que marca la gran diferencia entre un nacional y un extranjero, es la posibilidad de expulsión y extrañamiento por parte del Estado de acogida: aunque se reconoce el derecho humano a migrar, el ejercicio estatal de selección y expulsión continúa siendo lo que marca el pulso soberano y, en última instancia, y la idea

base según la cual los derechos humanos de los extranjeros sólo deben reconocerse en la medida del mérito de éstos para adaptarse a *nuestras* reglas.