



Ministerio Público
de la Defensa
República Argentina



Revista del Ministerio Público de la Defensa de la Nación

.....
Personas en contexto
de movilidad humana

*Revista del Ministerio Público de la
Defensa de la Nación
N°17. Diciembre 2022*

*Editora:
Stella Maris Martínez*

*Directora:
Julieta Di Corleto*

*Escriben:
Hernán De Llano
Diego Acosta
Ignacio Odriozola
César Augusto Balaguer
Florencia Plazas
Marina Salmáin
Rosario Muñoz
Lila García
Martín Fiuza Casais
Ana Paula Penchaszadeh y Joanna Sander
Analía Isabel Cascone
Camila Carril
Gisele Kleidermacher
Patricia Gomes
Susana Borràs-Pentinat
Ela Weicko V. de Castilho
Susy Garbay Mancheno
Joel Hernández*

*Coordinación:
Secretaría General de Capacitación y
Jurisprudencia*

*Edición:
Gabriel Herz
Natalia Saralegui*

*Diseño y diagramación:
Subdirección de Comunicación Institucional*

*Foto de tapa:
Instalación “La Ballena. El metamuseo”
de Estrella del Oriente*

*El contenido y opiniones vertidas en los
artículos de esta revista son de exclusiva
responsabilidad de sus autores.*

*Ministerio Público de la Defensa de la
Nación Argentina
Defensoría General de la Nación*

www.mpd.gov.ar

ISSN 2618-4265

ÍNDICE

- LÍNEA EDITORIAL** 7
- 9** **Iniciativas regionales para el acceso a la justicia de personas en situación de movilidad humana**
Hernán Gustavo de Llano
- EXPERIENCIAS NACIONALES** 21
- 23** **Acuerdos de residencia MERCOSUR y regularización en Argentina: la ilegalidad de la aplicación del artículo 29 de la Ley de Migraciones a los nacionales de países de América del Sur**
Diego Acosta
Ignacio Odriozola
- 37** **El rol de la defensa pública en los procedimientos administrativos y/o judiciales en materia migratoria**
César Augusto Balaguer
- 53** **El derecho a la vida familiar de las hijas e hijos de personas migrantes y el rol del Ministerio Público de la Defensa**
Florencia G. Plazas
- 65** **El impacto de la pandemia por COVID-19 y el rol de la defensa pública para la promoción y protección de los derechos humanos de las personas migrantes**
Marina Salmain
- 77** **El caso C.G.: un largo recorrido en búsqueda de soluciones duraderas**
Rosario Muñoz
- 93** **Teorías y perspectivas analíticas de la movilidad humana para la praxis en derechos humanos**
Lila García
- 105** **El extrañamiento y los delitos graves**
Martín Fiuza Casais
- 119** **Voto migrante en Argentina: emergencia de una ciudadanía posnacional basada en la residencia**
Ana Paula Penchaszadeh
Joanna Sander
- 131** **Otro ladrillo en la pared: apuntes sobre el impacto de “Costa Ludueña c/ UBA” en el acceso a derechos de las personas migrantes**
Analía Isabel Cascone

- 149 El rol de la Defensoría del Pueblo en el acceso a la justicia de las personas migrantes**

Camila Carril

- 161 Dinámicas de persecución policial hacia la comunidad senegalesa en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires***

Gisele Kleidermacher

- 173 Argentina responsable por la muerte del activista afrodescendiente José Delfín Acosta Martínez. Un caso paradigmático de violencia institucional racista***

Patricia Gomes

EXPERIENCIAS INTERNACIONALES 185

- 187 Retos jurídicos en la protección internacional de la migración climática desde una perspectiva sensible al género**

Susana Borràs-Pentinat

- 205 “Brasil ka ubanoko”***

Ela Wiecko V. de Castilho

- 217 El lugar problemático de las víctimas de trata con fines de explotación sexual en el discurso jurídico penal**

Susy Garbay Mancheno

ENTREVISTA 229

- 231 “En el auxilio de personas migrantes, las defensorías públicas tienen un rol fundamental que jugar”**

Joel Hernández

Por César Augusto Balaguer y Hernán Gustavo De Llano

Tengo el agrado de presentar la Revista Anual N°17 del Ministerio Público de la Defensa, destinada a analizar y reflexionar sobre las diversas problemáticas legales y sociales que atraviesan las personas en contextos de movilidad humana. En un momento histórico regional y mundial signado por los movimientos migratorios, esta revista busca aportar una mirada situada y elaborada desde la perspectiva de los derechos humanos e interdisciplinaria para promover el acceso a la justicia, la igualdad y la no discriminación.

Teniendo como premisa que las migraciones no son necesariamente “decisiones individuales” abstraídas de su contexto, sino que en ellas se ponen en juego diferentes condicionamientos económicos, sociales, políticos o culturales, a lo largo de esta publicación se exponen las experiencias, inquietudes y estrategias de las personas migrantes, así como también los debates, sentidos y derechos en pugna en torno a esta realidad nacional e internacional. A lo largo de diecisiete artículos, autoras y autores analizan la complejidad del fenómeno desde los miradores que ofrecen el derecho y las ciencias sociales. Quienes escriben esas reflexiones analizan con densidad y agudeza la forma en que el derecho administrativo y penal reconoce o niega derechos, y cómo la vida de mujeres, niños, niñas y adolescentes, pueblos indígenas o personas afrodescendientes, entre otros grupos desaventajados, se ve condicionada por la manera en la que los Estados regulan las desigualdades.

En su primera sección, la Revista recoge, a través del análisis de uno de los cotitulares de la Comisión del Migrante de la Defensoría General de la Nación, las iniciativas regionales para el acceso a la justicia de personas en situación de movilidad humana. El artículo muestra la gran tarea que tienen las defensorías públicas de personas migrantes, refugiadas, apátridas y desplazadas en nuestra región ante desafíos históricos provocados por importantes procesos de movilidad. Asimismo, en este trabajo inicial se pone de relieve que la diversificación en los abordajes para el acceso a la justicia profundiza la necesidad del trabajo en red para que, mientras unos actores litigan individualmente un caso, desde otros espacios se articulen políticas que traccionen cambios de más amplio alcance.

En su segunda sección, dedicada al ámbito nacional, operadores/as judiciales, académicos/as, asesores de organismos internacionales, investigadoras e integrantes de la sociedad civil construyen un diagnóstico de las problemáticas que afrontan las y los migrantes en Argentina. Estas contribuciones se inscriben en un contexto socioeconómico adverso, agravado por un escenario complejo en lo que respecta a la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. De hecho, mientras esta revista se encontraba en proceso de edición, el 13 de octubre de 2022 la Corte resolvió el caso “Zuluaga Celemín”, en el cual se pone en tensión el alcance del derecho de defensa de las personas en contextos de movilidad, en tanto afirma que del artículo 86 de la Ley 25.871 no se desprende la obligación del Estado de informar la existencia del derecho a contar con asistencia legal durante el trámite administrativo. En este marco, los aportes desarrollados en esta revista adquieren un valor fundamental y nos invitan a renovar los esfuerzos para garantizar el derecho a la asistencia legal desde el primer impulso en los procedimientos administrativos.

En la tercera sección, dedicada a recoger miradas comparadas, la Revista hace

foco en experiencias internacionales muy específicas vinculadas a la movilidad humana. Fenómenos como las migraciones climáticas, las forzadas como consecuencia de la trata de personas y la de los pueblos originarios ante crisis económicas y sociales marcan la diversidad de los abordajes disponibles. En este punto, la revista dialoga con el trabajo realizado desde la Asociación Interamericana de Defensorías Públicas (AIDEP) en el documento Diagnóstico Regional y Compilación de Buenas Prácticas de Asistencia Jurídica a Personas en Contexto de Movilidad Humana, donde se relevaron los marcos legales nacionales y regionales en materia de institucionalidad de defensa y de migración y refugio, enfocado en los servicios de defensa y acceso a la justicia de estos grupos vulnerables. En esta publicación, los artículos identifican patrones comunes, estándares y diseños que permiten continuar forjando vías de acción colaborativas. El problema está dado, en parte, por la incompatibilidad de normativas y prácticas nacionales con el marco convencional del sistema internacional de los derechos humanos.

En línea con este último desafío, la revista se cierra con una entrevista a Joel Hernández, Relator sobre los Derechos de las Personas Migrantes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, quien expone los principales debates regionales actuales sobre la temática y destaca la relevancia de la labor de la AIDEP.

La región latinoamericana atraviesa la mayor crisis de movilidad humana de su historia. El rol de la defensa pública, por lo tanto, se torna fundamental. En esta edición de la Revista Anual se busca hacer visible este reto y reflexionar sobre el trabajo cotidiano de quienes bregan por los derechos de las personas en contextos de movilidad. Para garantizar la defensa y el acceso a la justicia de las personas más vulneradas invitamos a que, junto con la lectura de estos artículos, reflexionemos sobre el camino recorrido, internalicemos los desafíos acuciantes que enfrentamos, y sigamos trabajemos mancomunadamente en defensa de las personas en contexto de movilidad.

Stella Maris Martínez
Defensora General de la Nación

SECCIÓN I

LÍNEA EDITORIAL

Iniciativas regionales para el acceso a la justicia de personas en situación de movilidad humana

Hernán Gustavo de Llano

Abogado. Defensor público oficial. Co-titular de la Comisión para la Asistencia Integral y Protección al Refugiado y Peticionario de Refugio de la Defensoría General de la Nación de Argentina. Co-titular de la Comisión del Migrante de la Defensoría General de la Nación de Argentina. Punto Focal Líder de la Red regional para la asistencia jurídica a migrantes desde las Defensorías Públicas.

América Latina atraviesa desde hace unos años la crisis de movilidad humana más importante de su historia. El masivo éxodo de venezolanos da cuenta de algo inédito para la región. A ello se suman las caravanas de migrantes en el triángulo norte, los refugiados y refugiadas nicaragüenses en Costa Rica o de haitianos en Chile, y los movimientos más habituales de la migración económica. A ese escenario, se sumó en los recientes años la emergencia provocada por la pandemia del COVID-19, que acentuó las dificultades para el acceso a la justicia y la satisfacción de otros derechos fundamentales de las personas en contextos de movilidad humana. Las restricciones a la libertad ambulatoria, así como la pérdida de empleos, constituyen factores que ponen a prueba, una vez más, la capacidad de respuesta estatal para la debida protección de los derechos humanos de este y otros grupos.

Desde el plano regional, la labor de las defensorías públicas en la asistencia jurídica de personas migrantes, refugiadas, apátridas y desplazadas constituye uno de los grandes desafíos a los que se enfrentan las instituciones encargadas de tutelar el acceso a la justicia de ese colectivo. De acuerdo a las normativas vigentes y a las estructuras organizativas que definen el rol de la defensa pública de cada país, se advierte en la región una diversifica-

Hernán Gustavo de Llano

ción¹ en el abordaje de esta problemática que ha sido relevada recientemente en el diagnóstico regional sobre acceso a la justicia de personas en contexto de movilidad humana elaborado por expertos del Programa EUROsocial+ de la Unión Europea en apoyo de la Asociación Interamericana de Defensorías Públicas (AIDEF)².

Asimismo, la labor de diagnóstico regional elaborado por los expertos de EUROsocial+ se complementó con una segunda fase del proyecto consistente en la definición de un Modelo Regional de Asistencia Jurídica a Migrantes³ y la creación de una Red Regional para la Asistencia Jurídica a Migrantes desde las Defensorías Públicas⁴.

1 De acuerdo al diagnóstico elaborado por Eurosocial+, de las defensorías públicas de los catorce países de América Latina relevados, nueve de ellos brindan servicios jurídicos a migrantes y refugiados como una línea de trabajo especial. El trabajo puede consultarse en: https://eurosocial.eu/wp-content/uploads/2020/09/15_ACCESO_A_LA_JUSTICIA-1.pdf.

2 Este documento ofrece un panorama sobre la situación de las migraciones en la región interamericana desde la perspectiva de la defensa pública. Para ello, identifica los servicios de defensa existentes a partir de las entidades públicas que participan en la AIDEF y revisa la manera en que se desarrollan las atenciones a los distintos usuarios, con miras a efectuar un diagnóstico de los servicios de defensa en la región vinculados a la movilidad humana. Para ello, el documento releva los marcos legales nacionales y regionales en materia de institucionalidad de defensa y de migración y refugio, enfocado en los servicios de defensa y acceso a la justicia de estos grupos vulnerables. A partir de ahí, identifica patrones comunes, estándares y diseños que permiten encontrar vías de acción colaborativa para las mejores prácticas en la región, teniendo como norte el acceso efectivo a la justicia de las personas migrantes y extranjeras. El documento se encuentra en: https://eurosocial.eu/wp-content/uploads/2020/09/15_ACCESO_A_LA_JUSTICIA-1.pdf.

3 <https://eurosocial.eu/biblioteca/doc/modelo-regional-de-defensa-de-personas-en-contexto-de-movilidad>.

4 El Modelo y la Red fueron elaborados de septiembre

El Modelo Regional de defensa a personas migrantes y refugiadas constituye una propuesta de lineamientos generales teóricos y organizacionales para su representación y defensa de personas migrantes y refugiadas. Es una propuesta que, por un lado, facilita información a las defensoras y defensores públicos sobre estándares de derechos humanos en materia migratoria y de refugio para contribuir al fortalecimiento de sus capacidades; y, por otro lado, ofrece elementos para organizar la prestación de los servicios de defensa especializada a personas migrantes y refugiadas que hagan este servicio más efectivo con el menor coste posible en términos de recursos tanto materiales como humanos, aprovechando y destacando lo que ya se está haciendo en muchas defensorías públicas de la región. Todo ello, con el fin de potenciar y mejorar la prestación del servicio de defensa para personas migrantes y refugiadas.

La Red Regional, por su parte, funciona con dos puntos focales por cada defensoría pública integrante de la AIDEF, quienes trabajan coordinadamente. Esta Red sirve, también, como una plataforma de intercambio de información a solicitud de los países y como espacio de diálogo para compartir experiencias.

A nivel interno, Eurosocial+ aprobó en su momento la implementación del modelo regional en dos países: Argentina y Brasil. Como consecuencia de ello, durante el año 2021 se trabajó en la puesta en marcha del modelo de asistencia al interior de la Defensoría General de la Nación (DGN), a través de una asesoría especializada de expertos del organismo

a diciembre de 2020, presentados el 21 de diciembre de ese año y validados públicamente en el Webinar “El acceso a justicia de personas en contexto de movilidad en América Latina” realizado el 25 de marzo de 2021. En el primer caso, intervinieron el experto Juan F. Jiménez Mayor y la experta Carmen Miguel.

europeo⁵, orientada a la asistencia jurídica a personas en contexto de movilidad humana en el ámbito del Ministerio Público de la Defensa de Argentina (MPD). Esa labor incluyó la elaboración de un diagnóstico final que fue precedido de un taller de trabajo y reuniones con los equipos de trabajo local (Comisión del Migrante y Comisión para la Asistencia Integral y Protección al Refugiado y Peticionante de Refugio de la DGN) y con actores claves en la materia, que tuvo como producto final la confección de un protocolo de actuación para facilitar el acceso a la justicia a personas en contexto de movilidad humana.

I. Acceso a la justicia de personas en contexto de movilidad humana: diagnóstico regional y buenas prácticas

Más allá de las particularidades de cada país, el diagnóstico regional relevó una serie de buenas prácticas en materia de defensa de derechos de los migrantes y refugiados por parte de las defensorías públicas, que accionan ante los tribunales invocando los nuevos marcos jurídicos migratorios para lograr jurisprudencia que otorgue contenido a los principios y derechos migratorios, precisando la condición de vulnerabilidad de las personas en contexto de movilidad humana. En esa línea, el estudio destaca el uso del litigio estratégico por parte de algunas defensorías públicas, que viene generando escenarios de cambio.

En el marco de las buenas prácticas relevadas también se destaca como pilar esencial la prestación de servicios especializados de defensa pública en temas migratorios y de refugio para la identificación de las necesidades jurídicas de las personas en contexto de movilidad humana. Se resaltó que, para ser comprendida

como tal, la asistencia jurídica en casos de personas migrantes y refugiadas (por definición, personas en situación de vulnerabilidad), debe reformularse de tal forma que pueda captar sus particulares características y sus necesidades específicas. Para esa tarea se debe tener en cuenta, adicionalmente, la discriminación interseccional que estas personas enfrentan. De ahí que estas especiales circunstancias exijan cierto nivel de especialización.

Dentro de la diversidad de abordajes asumidos por esos servicios de defensa pública especializada en materia migratorio y de refugio, es posible destacar las siguientes buenas prácticas:

a) Las oficinas de defensa pública especializadas en la asistencia jurídica de personas en contexto de movilidad humana

Varios países de la región han avanzado en la conformación de defensorías, programas, grupos de trabajo u oficinas especializadas para la atención de migrantes, refugiados, apátridas y desplazados. En este aspecto, pueden mencionarse a título ejemplificativo la Comisión para la Asistencia Integral y Protección del Refugiado del MPD (Argentina), la Comisión del Migrante del MPD (Argentina), la Oficina Especializada en Asesoría jurídica para Migrantes y Refugiados en San Pablo de la Defensoría Pública de la Unión (Brasil), el Grupo de Trabajo de Detenidos Extranjeros de la DPU (Brasil), el Grupo de Trabajo de Migraciones, Apátrida y Refugiados de la DPU (Brasil), la Unidad de Defensa Penal Especializada para Migrantes de la Defensoría Penal Pública (Chile), la Unidad de Litigio Estratégico en Derechos Humanos del Instituto Federal de Defensoría Pública (IFDP) de México con abordaje particularizado en migrantes y la Defensoría Pública de Ecuador con atención especializada en Movilidad Humana.

⁵ Los expertos de EUROsociAL+ que intervinieron en la elaboración del diagnóstico y protocolo de actuación fueron Diego Acosta y Carmen Miguel Juan.

b) La presencia de las defensorías en frontera

Este abordaje ha sido de vital relevancia con motivo del flujo migratorio venezolano de los últimos años y requirió de respuestas urgentes, sobre todo por parte de los países limítrofes. En este sentido, debe destacarse en el marco de la Operación Acogida, la Misión Paracaima, un programa de asistencia en la zona de frontera sobre derechos de los migrantes y solicitantes de refugio en Brasil llevado adelante por la Defensa Pública de la Unión (DPU), con un abordaje especial para niñas, niños y adolescentes (NNyA) que garantiza el acceso al procedimiento de regularización migratoria, especialmente en el caso de indocumentados, separados y no acompañados. También en el marco de la Operación Acogida de Brasil, la Defensoría Pública de la Unión ha desarrollado una línea de atención a indígenas migrantes o solicitantes de refugio.

La Defensoría del Pueblo de Ecuador implementó un Sistema de Alerta y Respuesta Temprana (SART) con el apoyo del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), con el objeto del monitoreo de la población ubicada en la frontera norte para proveer de información para la prevención, manejo y solución oportuna de posibles vulneraciones a los derechos humanos y brindar una atención inmediata a la población afectada.

c) La elaboración de protocolos, guías regionales e instructivos para la defensa de personas en contexto de movilidad humana

Entre las estrategias diseñadas por las defensorías de la región para un mejor enfoque de la asistencia jurídica a migrantes y refugiados, se destaca en el diagnóstico la elaboración de diversos documentos –protocolos,

guías de actuación, manuales de litigio estratégico-, que tienen por objeto abordar los casos que afectan a las personas en contexto de movilidad humana y que identifiquen estándares en la materia, proporcionen reglas de actuación y mecanismos de tutela efectiva que aseguren una mayor protección en el acceso a la justicia.

Dentro de los instrumentos identificados, buena parte están dirigidos al interior de las defensorías con el fin de mejorar los procedimientos y mecanismos de atención y asistencia jurídica de migrantes y refugiados. Pueden mencionarse al respecto, en Brasil, el Protocolo de Asistencia a NNyA venezolanos que se encuentran en el Estado de Roraima, elaborado por la Defensoría Pública del Estado de Roraima; el Protocolo de defensa penal para personas migrantes y extranjeros de la Defensoría Pública Penal (DPP) de Chile⁶; el Protocolo para la atención de mujeres indígenas y extranjeras privadas de libertad de la Defensoría Pública Penal (DPP) de Chile⁷; la Guía regional para la defensa pública oficial y la protección integral de las personas privadas de libertad de la Defensoría Pública de Ecuador⁸ y el Instructivo para la atención de personas en movilidad humana de la Defensoría Pública de Ecuador⁹.

También se relevan mecanismos interinstitucionales en los que las defensorías públicas son un actor relevante, y que tienden a fortalecer las capacidades institucionales

6 Elaborado con el apoyo del Programa EUROsociAL+ de la Unión Europea y aprobado en 2018.

7 En Chile la DPP cuenta con un *Protocolo de atención a mujeres indígenas y extranjeras privadas de libertad* desde 2015, elaborado con el apoyo del Programa EUROsociAL+.

8 Aprobado por la Resolución DP-DPG-2014-008 de enero de 2014.

9 Aprobado por la Resolución DP-DPG-DIS-2017-032 de febrero de 2017.

para favorecer que la condición de vulnerabilidad de las personas afectadas sea debidamente considerada a la hora de resolver los procedimientos que involucran intereses de personas en contexto de movilidad humana. En Argentina, en materia de asistencia jurídica de refugiados y solicitantes de refugio se destacan dos acuerdos interinstitucionales de relevancia en lo atinente a la tutela de derechos de la población necesitada de protección internacional. Por un lado, el Acuerdo Marco de Cooperación Recíproca entre la Comisión Nacional para los Refugiados (CONARE), el MPD y el ACNUR¹⁰, tiene como objetivos, entre otros, promover la cooperación interinstitucional con miras a garantizar el derecho de los solicitantes de asilo y refugiados a una tutela administrativa y judicial efectiva de sus derechos fundamentales, y asegurar el derecho de solicitantes de asilo y refugiados a contar con una defensa legal técnica efectiva. Asimismo, y en materia de niños, niñas y adolescentes, la defensa pública de Argentina celebró junto con el ACNUR, UNICEF, la Organización Internacional para las Migraciones (OIM), la CONARE, la Dirección Nacional de Migraciones, y otras organizaciones de protección local de la niñez, un Protocolo Interinstitucional para la protección, asistencia y búsqueda de soluciones duraderas para los niños solos o separados de sus familias¹¹.

10 Acuerdo Marco de Cooperación Recíproca del 4 de octubre de 2011.

11 El Protocolo fue celebrado en el año 2011 y su implementación procura crear un mecanismo coordinado de intervención y respuesta para satisfacer las necesidades de protección y cuidado de los niños migrantes no acompañados o separados de sus familias que buscan protección internacional en el país, definiendo claramente los roles y las responsabilidades de los distintos actores involucrados en su atención, desde el momento de su identificación hasta encontrar una solución duradera a su situación.

d) La implementación de planes de litigio estratégico en materia de movilidad humana

En países como Ecuador o Argentina se han adoptado dinámicas de litigio estratégico en materia de movilidad humana con el fin de optimizar los recursos disponibles y elaborar una vía eficiente para mejorar la situación de determinados colectivos vulnerables. En el caso de Ecuador, el litigio estratégico se encuentra regulado por la Resolución DP-DPG-2016-044 de marzo de 2016.

En Argentina, se pueden destacar diversos ejemplos de esa dinámica de trabajo: en materia de población necesitada de protección internacional, en el Acuerdo Marco de Cooperación Recíproca mencionado en el punto anterior¹² se estableció que en materia de revisión de las solicitudes de refugio denegadas debía asegurarse el patrocinio jurídico gratuito en la instancia judicial del procedimiento de determinación de la condición de refugiado de aquellos solicitantes de asilo que así lo requieran, siempre que: a) la impugnación judicial sea debidamente fundada y presentada a favor de una persona a quien se considera legítimamente como un refugiado en los términos de la definición legal de refugiado aplicable; b) se considere que el acto administrativo adolece de graves o serios vicios que determinan su nulidad; c) se considere que la decisión judicial puede significar un aporte positivo, en especial en aquellos casos cuya decisión implique la determinación de un estándar de protección y que, por tal motivo, puedan suponer el establecimiento de un precedente significativo¹³.

Otro ejemplo de litigio estratégico llevado a cabo por el Ministerio Público de la Defensa de Argentina, en este caso vinculado a la

12 Cfr. Nota 10.

13 Acuerdo Marco, punto 3.4.

tutela de derechos de las personas migrantes y plasmado por el patrocinio ante organismos internacionales de conformidad con las facultades previstas en el artículo 35, inciso x, de la Ley Orgánica del Ministerio Público de la Defensa¹⁴ es el caso de la Sra. R.A.S.O. El MPD la representó -en sede administrativa y judicial- en el trámite relativo a la apelación de la orden de expulsión que se dictara en su contra. Se alegó, principalmente, que, de efectivizarse tal decisión, se produciría la ruptura de la unidad familiar al ser separada de sus hijas/os de nacionalidad argentina menores de edad. Al agotarse la totalidad de los recursos internos, se decidió acompañar el caso ante el Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, en resguardo de los derechos de las/os menores afectadas/os. Cautelarmente, se requirió que el Estado argentino se abstuviera de devolver a la Sra. R.A.S.O. a su país de origen, mientras el caso se encontrara pendiente de resolución ante el mencionado Comité. Actuando en uso de las facultades que le confiere el artículo 6 del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un Procedimiento de Comunicación, y el artículo 7 del reglamento del Comité en relación con el Protocolo precitado, el Comité en cuestión adoptó dicha medida en resguardo de los derechos de las/os niñas/os involucradas/os. Tal decisión fue el disparador para que la Dirección Nacional de Migraciones resolviera revocar la orden de expulsión oportunamente dictada.

14 Esa norma habilita al defensor o defensora general de la Nación a “patrocinar y asistir técnicamente ante los organismos internacionales, en los casos que corresponda, por sí o por delegación en un magistrado del Ministerio Público de la Defensa, conforme la reglamentación específica que regule ese accionar”.

II. El Modelo Regional de Defensa de Personas en Contexto de Movilidad

El modelo regional se elaboró recopilando las perspectivas de los países que forman parte de la AIDEF a partir de un cuestionario contestado por las defensorías públicas de la región, en el que se destacó la necesidad de construir un modelo regional para la defensa de personas en contexto de movilidad. La finalidad del modelo ha sido la de presentar ciertas orientaciones respecto a las tareas que usualmente vienen realizando en la defensa de personas en contexto de movilidad, conforme a los marcos jurídicos internos y considerando los estándares internacionales e interamericanos. Teniendo en cuenta las particularidades de cada defensoría pública integrante de AIDEF, el Modelo se estructura en siete pilares: especialización en la defensa; planes de capacitación; mecanismos de coordinación; litigio estratégico; gestión del conocimiento; estrategias de comunicación y sensibilización; y recopilación de datos. El documento también incluye un anexo de actuaciones mínimas recomendadas, entre las que se destacan el desarrollo de alianzas con la sociedad civil, lineamientos de defensa, protocolos, modelos de casos tipo, programas de voluntariado y pasantías, servicios de defensa en zonas de frontera y estaciones migratorias.

a) Especialización en la defensa

Para la especialización del servicio de defensa a personas migrantes y refugiadas, el Modelo recomienda la creación de una comisión técnica en derecho migratorio y de refugio al interior de las defensorías públicas y, a partir de esa iniciativa, se presentan tres opciones: la primera, crear un cuerpo de defensores/as especializados para el despliegue de la asistencia legal y defensa; la segunda, más conservadora por los menores recursos dis-

ponibles, sería la designación de al menos un defensor/a especializado/a, que pueda conducir las tareas de defensa y articulación con otros defensores/as para las diversas tareas de representación; y la tercera, en caso que no exista la posibilidad de atención de las necesidades jurídicas de las personas en contexto de movilidad humana por parte de la defensoría pública, propone mecanismos de derivación a instituciones y organizaciones de la sociedad civil que puedan prestar servicios de orientación, asesoramiento jurídico y defensa.

b) Planes de capacitación

Para la capacitación de defensores y defensoras especializados en la defensa de personas migrantes y refugiadas, el Modelo propone una estrategia formativa que contemple aspectos como:

1. la realización de un curso o diplomatura regional/nacional para defensores y defensoras que integren los servicios de defensa especializada de nueva creación. En ese marco, el modelo recomienda que uno de los requisitos para poder formar parte de dichas unidades, o para ser defensor/a especializado/a, sea la realización obligatoria de un curso de especialización o diplomatura que debería contar con dos módulos diferenciados: (i) uno sobre estándares internacionales de derechos humanos sobre derecho migratorio y refugio; y (ii) otro sobre la adaptación de dichos estándares a cada país dependiendo de la legislación migratoria y refugio nacional.
2. la inclusión, en las pruebas de acceso a la función de la defensa pública, de algunas preguntas sobre migración y refugio, teniendo en cuenta si estas materias se imparten o no en las facultades de derecho.
3. el despliegue, dentro de los planes de formación ordinarios existentes, de una

línea temática en derecho migratorio y de refugio para la defensa pública que sea obligatoria y continua. Con esto se busca poder contar con defensores y defensoras que tengan suficientes conocimientos en la materia para lograr identificar las necesidades jurídicas de las personas migrantes y refugiadas, y para que puedan realizar las derivaciones oportunas o bien a los defensoras y defensores especializados o a las instituciones y/o organizaciones que presten orientación, asistencia jurídica y defensa a personas migrantes y refugiadas.

c) Mecanismos de coordinación

En este punto, el Modelo destaca la conveniencia de que cada defensoría pública realice un análisis y elabore una estrategia de alianzas, identificando a actores institucionales y no institucionales existentes en cada país con los que se pueda coordinar su trabajo y generar sinergias. Así, recomienda suscribir acuerdos marcos, cartas de entendimiento o convenios de colaboración con organizaciones internacionales; acuerdos o convenios con organismos gubernamentales con competencias en materia de migración y refugio; coordinación con organismos gubernamentales con competencia en materia de NNYA, personas indígenas y con discapacidad u organizaciones de la sociedad civil que trabajen en defensa de los NNYA migrantes, indígenas migrantes o personas con discapacidad migrantes para introducir una perspectiva de los derechos de estos colectivos; convenios con facultades de derecho o clínicas jurídicas; coordinación con otras defensorías de la región; entre otros mecanismos.

d) Litigio estratégico

Destacan los expertos que el modelo re-

Hernán Gustavo de Llano

gional podría expandir la práctica llevada a cabo por defensorías de la región como Argentina, Brasil, Ecuador, México o Chile y, con ello, asumir con mayor eficacia la defensa de estos grupos en condición de vulnerabilidad, provocando cambios en los operadores y operadoras a cargo de implementar las políticas migratorias y de refugio en beneficio de estos colectivos. Se proponen como líneas de acción, entre otras, la posibilidad de elaborar una política marco de litigio estratégico en cada defensoría pública; creación de un grupo de trabajo de defensoras y defensores públicos estratégicos y definición de su perfil; generar estrategias de alianza con organizaciones de la sociedad civil para el litigio estratégico; llevar adelante litigios estratégicos a nivel nacional o ante el sistema interamericano de protección de derechos humanos.

e) Gestión del conocimiento

En este marco, el Modelo regional propone la realización de estudios e investigaciones, tanto a nivel nacional como regional, de jurisprudencia y análisis de legislación.

f) Estrategias de comunicación y sensibilización

Dentro de las estrategias de sensibilización, el Modelo recomienda: organizar y llevar a cabo actividades periódicas para sensibilizar a defensoras y defensores públicos sobre la realidad de las personas migrantes y refugiadas y las dificultades que tienen para acceder a sus derechos más básicos y a la justicia; fomentar la participación de defensoras y defensores públicos en actividades de sensibilización desarrolladas por otros actores de la sociedad civil, para lo cual deviene necesario un diálogo constante con estas organizaciones e instituciones y compartir agendas de eventos de sensibilización; y desarrollar acti-

vidades de sensibilización para el conjunto de operadores jurídicos (jueces, fiscales, abogados) sobre derecho migratorio y de refugio.

En el plano de la comunicación, el Modelo propone establecer canales de comunicación y de colaboración con organizaciones de migrantes y organizaciones que trabajen en la defensa de personas migrantes y/o refugiadas; la elaboración de publicaciones informativas sobre derechos de esos colectivos; y el uso de las páginas web de las defensorías públicas para dar a difusión cartillas informativas sobre derechos, estudios o investigaciones realizadas, recopilación de legislación migratoria y de refugio de los países de la región, análisis de legislación o boletines de jurisprudencia periódica, entre otros temas.

g) Recopilación de datos

El Modelo destaca la importancia de que cada defensoría pública recopile datos sobre la atención de personas migrantes y refugiadas para poder monitorear y evaluar la defensa que se ofrece. Sobre el particular, propone una estandarización y sistematización de los métodos diseñados para la recolección de datos que permitan identificar diferentes factores de discriminación interseccional en las personas migrantes y refugiadas y el acceso y comparabilidad de los datos a nivel regional.

III. Red Interamericana de Defensa a Personas en Contexto de Movilidad

La Red Interamericana tiene por objeto el diálogo, la cooperación y el trabajo conjunto entre las entidades conformantes de la AIDDEF para la mejora del acceso a la justicia de personas en contexto de movilidad, mediante la colaboración y asistencia recíproca, el intercambio de información y experiencias, acciones de capacitación y desarrollo de actividades comunes. Está compuesta por dos

puntos focales de cada defensoría pública de la región integrante de la AIDEF y cuenta con dos Puntos Focales Líderes que tienen, entre sus funciones, coordinar la Red y el trabajo de todos/as los/as puntos focales. Entre las funciones se encuentran las de difundir buenas prácticas y jurisprudencia de interés público; conocer, dar a conocer y aplicar el “Protocolo de Actuación para la solicitud de información”, cumpliendo con las obligaciones y funciones allí descritas; participar de las capacitaciones que se organicen, sean en calidad de asistentes o de expositores, entre otras.

El mecanismo de colaboración prevé una amplia gama de requerimientos que pueden darse en el marco de la asistencia y representación legal de las personas en contexto de movilidad humana. Desde la obtención y gestión de documentos e informes sociales, pasando por la suscripción de poderes y mandatos de representación, llegando a la solicitud de precedentes jurisprudenciales e información sobre la normativa aplicable; este mecanismo permite contar con un canal de respuesta para intervenciones complejas.

IV. El Protocolo de actuación para facilitar el acceso a la justicia a personas en contexto de movilidad humana

El objetivo del protocolo es proveer a defensoras y defensores de un documento que pueda ser útil para abordar los casos que afectan a las personas en situación de movilidad humana proporcionando reglas de actuación que aseguren una mayor protección en el acceso a la justicia. A tal fin, la propuesta de protocolo se encuentra orientada principalmente a (i) mejorar los procedimientos y mecanismos de atención y asistencia, y (ii) fortalecer las capacidades institucionales de defensoras y defensores públicos para facilitar el acceso a la justicia a personas migrantes, refugiadas y apátridas.

El Protocolo distingue los siguientes ámbitos de actuación: 1) migrantes en situación administrativa irregular; 2) estatuto jurídico de los ciudadanos de MERCOSUR ampliado; 3) refugio; 4) trata de seres humanos; 5) niños, niñas y adolescentes migrantes; 6) apatridia; (7) acceso a la nacionalidad; (8) expulsiones y 9) temas penales. El documento incluye algunas pautas concretas de actuación en relación con personas migrantes y refugiadas. También destaca las buenas prácticas en la actuación de las áreas especializadas en la temática de movilidad humana de la Defensoría General de la Nación. Además, incorpora una tabla de identificación de situaciones de vulnerabilidad en la que, en primer lugar, identifica los distintos ámbitos de vulnerabilidad, entre ellos, personas migrantes, niños, niñas o adolescentes no acompañados, personas con necesidades de protección (solicitantes de refugio y refugiados, víctimas de trata, personas perseguidas por su orientación sexual e identidad de género, mujeres perseguidas con alguna forma de violencia de género). En un segundo plano, se formulan una serie de preguntas orientativas para una eventual entrevista y detalla una serie de cuestiones a tener en cuenta según la situación de vulnerabilidad de que se trate.

Asimismo, el documento realiza una serie de recomendaciones como complemento de las pautas de actuación incluidas relativas a: la confidencialidad en las entrevistas; derecho a intérprete; no revictimización (tanto en el ejercicio de la defensa como por parte de los órganos administrativos y judiciales); trabajo en clave de coordinación, colaboración y cooperación; derecho a la información; tener conocimiento de los criterios de regularización migratoria y ciudadanía, entre otros.

En el orden interno, el Protocolo de actuación para facilitar el acceso a la Justicia a personas en contexto de movilidad humana recoge las buenas prácticas acuñadas en más

Hernán Gustavo de Llano

de una década de experiencia de la defensa pública argentina en materia de movilidad humana, adicionando recomendaciones y lineamientos concretos tendientes a mejorar el servicio y realizar un mejor uso de los recursos humanos y materiales con los que cuenta la institución. Este documento, que compila los instrumentos internacionales, estándares de protección, normativas y criterios jurisprudenciales internacionales y locales, así como las buenas prácticas de defensa en la materia, resulta una herramienta asequible para todo el Ministerio Público de la Defensa y, en especial, para quienes trabajan en la atención de personas en contexto de movilidad humana.

V. A modo de conclusión

En el actual contexto regional, el acceso a la justicia de migrantes y refugiados, en tanto derecho humano fundamental, se presenta como el medio más idóneo para restablecer el ejercicio de aquellos derechos que han sido desconocidos o vulnerados. En esa orientación, el rol de las defensorías públicas oficiales configura un aspecto esencial para el fortalecimiento del acceso a la justicia y la consolidación de la democracia mediante la promoción y protección de los derechos humanos. La particular coyuntura a la que se enfrenta la región precisa de una actuación más enfática de las defensorías públicas pues, probablemente, las/los defensores/as serán la única alternativa que tendrán las personas en contexto de movilidad humana para la protección de sus derechos humanos.

Las buenas prácticas regionales relevadas en el presente trabajo dan cuenta del compromiso de las instituciones de defensa pública en la tutela de derechos de las personas en contexto de movilidad humana. Así como reflejan un enfoque profundo en el abordaje de las distintas problemáticas a las que se

enfrenta la región -en especial en los países donde se han desarrollado modelos de defensa pública especializada en la materia-, deben servir como disparador para la replicación de esos modelos en las naciones que aún no han implementado programas de ese tenor.

En este sentido, el trabajo realizado por EUROsocial+ en apoyo de la Asociación Interamericana de Defensorías Públicas (AI-DEF), plasmado en distintas iniciativas como el Diagnóstico Regional de Acceso a la Justicia, el Modelo Regional de Asistencia Jurídica a Migrantes y la creación de una Red regional para la asistencia jurídica a migrantes desde las Defensorías Públicas, configura un aporte de vital relevancia a la hora de visualizar el lugar que ocupa la defensa pública en la discusión de la cuestión migratoria, a la par que brinda herramientas de gran utilidad para las defensorías públicas dirigidas a una mayor protección para las personas en contextos de movilidad humana.

Tal como se propone en las herramientas mencionadas, estas acciones deberán ir acompañadas de la cooperación interinstitucional para el intercambio de experiencias y buenas prácticas, difusión de los distintos modelos, promoción de convenios para la realización de capacitaciones y formación de los defensores públicos. La situación actual revela la importancia de contar hoy con una red de asistencia regional para poder unir esfuerzos en una tarea que es transnacional, en aspectos como el asesoramiento temprano a posibles beneficiarios de protección internacional y la orientación jurídica para conocer las vías regulares de entrada y permanencia, así como la difusión de las mejores prácticas de asistencia jurídica para estos colectivos.

En definitiva, las distintas iniciativas relevadas en el presente trabajo dan cuenta del impulso que desde el ámbito regional de la defensa pública y con el apoyo de EUROsocial+ se viene llevando a cabo en materia de movili-

dad humana en el que, por cierto, se enmarca la puesta en marcha a nivel local del Protocolo de actuación para facilitar el acceso a la justicia a personas en contexto de movilidad humana. Estas herramientas marcan un claro camino dirigido a brindar un servicio especializado y de calidad por parte de la defensa pública de la región, a quienes se encuentran en particulares condiciones de vulnerabilidad como son las personas migrantes, refugiadas y apátridas.

SECCIÓN II

EXPERIENCIAS NACIONALES

Acuerdos de residencia MERCOSUR y regularización en Argentina: la ilegalidad de la aplicación del artículo 29 de la Ley de Migraciones a los nacionales de países de América del Sur

Diego Acosta

Catedrático en Derecho Europeo y de Migraciones, Universidad de Bristol, Reino Unido. Doctor en Derecho, Universidad King's College, Londres. Asesor Jurídico sobre derecho migratorio para organismos internacionales, gobiernos, parlamentos y ONGs.

Ignacio Odriozola

Magíster en Migración y Estudios de Movilidad, Universidad de Bristol, Reino Unido. Prosecretario en la Comisión del Migrante de la Defensoría General de la Nación.

I. Introducción

El 7 de diciembre de 2021, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) dictó sentencia en el caso “Huang”¹. En dicho asunto, el máximo tribunal confirmó la expulsión de un no nacional luego de establecer que, en virtud del artículo 29 inc. i de la Ley de Migraciones N° 25.871, no podía permanecer en el país ninguna persona que hubiera ingresado de manera irregular; es decir: eludiendo el control migratorio o por lugar o en horario no habilitados. La CSJN ha utilizado posteriormente este precedente en al menos 108 expedientes (Odriozola 2022) y, en tres de ellos, pasó completamente por alto el hecho de que las personas expulsadas por ingreso irregular eran nacionales de Bolivia y de Paraguay².

Este trabajo explica los motivos jurídicos por los cuales el artículo 29 inc. i de la Ley de Migraciones N° 25.871, leído de manera conjunta con el Artículo 61 del reglamento de dicha ley, Decreto N° 616/2010, no puede ser aplicado a los ciudadanos que ostenten la

1 Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), “Huang”, rta. 7 de diciembre de 2021.

2 CSJN, “Rojas”, rta. 7 de diciembre de 2021; CSJN, “Solis Laime”, rta. 21 de diciembre de 2021; CSJN, “Maldonado Ruiz Díaz”, rta. 21 de diciembre de 2021.

nacionalidad de uno de los restantes 11 países de América del Sur, aunque los mismos hayan entrado al país irregularmente. Esto implica que cualquiera de esas personas puede solicitar un permiso temporal y obtener residencia en Argentina, si cumple las condiciones establecidas en el artículo 4 de los Acuerdos de residencia MERCOSUR, los cuales han sido aprobados en Argentina mediante las leyes N° 25.903 y N° 25.902, respectivamente.

La correcta interpretación del marco normativo argentino de migraciones en su conjunto es de gran importancia. Esto es así dado que el 84% de los 2,3 millones de no nacionales que -según datos de la Organización Internacional para las Migraciones³- residen en Argentina provienen de países miembros y asociados del MERCOSUR (Debandi et al. 2021, 14), lo cual incluye a todos los restantes 11 países de la región sin excepción.

En el siguiente apartado haremos una enumeración de las normas que son de aplicación en Argentina a los nacionales sudamericanos, así como una aclaración sobre la jerarquía normativa de dichas normas en caso de conflicto. Luego realizaremos un análisis detallado del ámbito de aplicación de los Acuerdos de residencia MERCOSUR. En la cuarta sección se van a establecer los motivos por los cuales la entrada irregular a la Argentina de un nacional de un país de América del Sur no puede en ningún caso implicar la imposibilidad de solicitar un permiso temporal de residencia. El apartado quinto ofrecerá tres distintas posibles opciones de interpretación jurídica de los Acuerdos bajo el derecho argentino y demostrará cómo las tres llevan a la misma conclusión. El artículo cierra con unas reflexiones finales sobre la importancia de una correcta interpretación y aplicación del derecho migratorio en este ámbito.

II. Las normas jurídicas migratorias aplicables a los nacionales de países sudamericanos en Argentina y su jerarquía normativa en caso de conflicto de interpretación

El marco legislativo argentino en materia migratoria se compone de diversos tratados internacionales, regionales y bilaterales, que han sido aprobados en el país mediante leyes y normas domésticas. Todo este andamiaje legal ha de ser tenido en cuenta a la hora de determinar el estatus jurídico de una persona en concreto. En efecto, la Constitución Nacional argentina de 1994 establece el modo en que los tratados internacionales son internalizados en el país. Según su artículo 75 inc. 22, todos los tratados internacionales en general cuentan con jerarquía superior a las leyes. Existen además ciertos tratados que, o bien tienen jerarquía constitucional (establecida ya en la propia Constitución, como por ejemplo la Convención Americana sobre Derechos Humanos), o bien pueden obtenerla una vez aprobados por el Congreso si se consigue el voto favorable de las dos terceras partes de cada Cámara. Además, el artículo 75 inc. 24 de la Constitución recoge que los tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción también tienen jerarquía superior a las leyes. A tal fin, la aprobación de estos tratados requerirá la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

En cuanto al derecho regional, el presente trabajo se centra en los dos Acuerdos principales del MERCOSUR en materia migratoria: el Acuerdo sobre Residencia para Nacionales de los Estados Partes del MERCOSUR y el Acuerdo sobre Residencia para Nacionales de los Estados Partes del MERCOSUR, Bolivia y Chile, ambos suscritos en Brasilia el 6 de diciembre de 2002. Los Acuerdos fueron aprobados en Argentina por el Congreso el 9 de junio de 2004, como adelantamos, mediante

³ Datos disponibles en el Migration Portal: https://www.migrationdataportal.org/international-data?i=stock_abs_&t=2020&cm49=32

las leyes N° 25.903 y N° 25.902, respectivamente, y con la mayoría absoluta constitucionalmente exigida⁴. Por tanto, y siguiendo lo establecido en la Constitución, ambas leyes cuentan con jerarquía superior a cualquier otra norma sobre migraciones en el país.

La Ley de Migraciones N° 25.871, promulgada el 20 de enero de 2004, ha incorporado también la categoría MERCOSUR en su artículo 23 inc. I. Allí se señala que los nacionales de un Estado del MERCOSUR, Bolivia o Chile pueden obtener una residencia temporal en el país basada en el criterio de la nacionalidad. Ya en septiembre de 2004, la Disposición 29929/2004 de la Dirección Nacional de Migraciones (DNM) clarificó que el listado de países incluido en el artículo mencionado era meramente enunciativo. Esto fue confirmado en el Reglamento de la Ley de Migraciones (artículo 23 inc. I Decreto N° 616/2010) al establecer que los países incluidos bajo el artículo 23 inc. I de la Ley de Migraciones son todos aquellos que sean Estados Parte o Asociados del MERCOSUR.

Como dijimos, la ley se encuentra reglamentada por el Decreto N° 616 de 2010, que otorga competencia a la DNM para adoptar disposiciones, es decir, normas procedimentales y aclaratorias que sean necesarias para la obtención de los objetivos de la ley y del propio reglamento (artículo 107). Estas normas tienen rango inferior a la ley y al reglamento. La DNM ha usado esta competencia de manera habitual y cabe destacar la Disposición N° 1.637 del 4 de agosto de 2022 que aprueba el Instructivo de Trámites MERCOSUR.

La Ley de Migraciones ha sido alabada por

4 Diario de Sesiones, Cámara de Diputados de la Nación, Periodo de Sesiones 122°, 12° Reunión, 10° Sesión Ordinaria, 9 de junio de 2004, p. 1584 y 1776. Disponible en: https://www.diputados.gov.ar/secparl/dtaqui/diario_sesiones/acordeon.html

organismos⁵ y expertos internacionales (Hines 2010) y ha servido de modelo en algunos aspectos para posteriores leyes adoptadas en América Latina (Acosta 2018). Sin embargo, la doctrina coincide en que uno de sus principales problemas y límites se encuentra en su artículo 29 (Acosta y Freier 2015, 675; Ceriani y Morales 2011, 336).

En efecto, la Ley de Migraciones prioriza la regularización del no nacional frente a la expulsión (artículo 17). En concreto, el artículo 61 de la ley incorpora la obligación de la DNM de conminar a regularizarse a la persona que se encuentre en situación irregular en un plazo de 30 días que podrá ser prorrogado (artículo 61 del Decreto N° 616/2010). Es decir, al igual que en otros ordenamientos jurídicos de la región tales como el brasileño, la constatación de la irregularidad de la situación administrativa de una persona no lleva como norma general a la expulsión (Acosta 2018). Al contrario, la norma general es la regularización y sólo cuando dicha regularización no se lleva a cabo en el plazo establecido se puede decretar la expulsión. Sin embargo, este artículo no se aplica cuando la persona ha “ingresado al Territorio Nacional eludiendo el control migratorio o por lugar o en horarios no habilitados al efecto” (artículo 29 inc. I, ley N° 25.871). De acuerdo con el artículo 61 del Decreto N° 616/2010, procederá la regularización migratoria únicamente bajo dos

5 Véase: Comité contra la Tortura, *Conclusiones y recomendaciones a la República Argentina*, 10 de noviembre de 2004, párr. 4 c); Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, *Observaciones finales a la República Argentina*, 29 de marzo de 2010, párr. 11; Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, *Observaciones finales a la República Argentina*, 2 de noviembre de 2011, párr. 5 a) y b).; Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observaciones finales a la República Argentina*, 14 de diciembre 2011, párr. 5 b); *Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Impacto del procedimiento de solución amistosa*, 18 diciembre 2013, párr. 181.

supuestos: cuando la persona ingresante haya “desnaturalizado” las razones por las cuales se autorizó su ingreso al territorio argentino o cuando permanezca en el país una vez vencido el plazo por el cual se autorizó su estadía. Es decir, el haber entrado de manera irregular es, en términos generales, causa impeditiva de permanencia de la persona extranjera.

Ha de señalarse también que el artículo 29 del Decreto N° 616/2010 establece que “se tendrá especialmente en cuenta la situación de los extranjeros nativos de los Estados Parte del MERCADO COMÚN DEL SUR (MERCOSUR) y Estados Asociados que puedan hallarse incurso en el impedimento previsto en el inciso i”. Sin embargo, dicha consideración no parece tenerse en cuenta en la práctica (Acosta y Miguel Juan 2022). En cualquier caso, y como demuestra el presente trabajo, la limitación que resulta de la lectura conjunta de los artículos 29 de la ley y 61 del reglamento no es aplicable a los nacionales de cualquier país de América del Sur. Esto es así porque, dada la jerarquía de normas que rige en Argentina, cualquier contradicción entre las Leyes N° 25.902 y N° 25.903, respecto de la Ley de Migraciones N° 25.871, ha de resolverse aplicando las primeras. En apoyo de esta tesis se da también el hecho de aplicación de los principios generales del derecho sobre ley especial deroga ley general, y ley posterior deroga ley anterior.

Esto no significa, por supuesto, vaciar de contenido lo regulado por los artículos 29 de la ley y 61 del reglamento. Ambos son válidos en su aplicación para cualquier extranjero que no ostente la nacionalidad de un país de América del Sur, como por ejemplo un ciudadano de España, Estados Unidos, Corea del Sur o Senegal. Sin embargo, los nacionales de América del Sur tienen un tratamiento jurídico diferente que se explica en la siguiente sección.

III. El ámbito de aplicación personal de los Acuerdos de Residencia MERCOSUR

Como ya ha sido expuesto, los Acuerdos de Residencia MERCOSUR han sido aprobados por las leyes N° 25.902 y N° 25.903 en Argentina y cuentan con jerarquía normativa superior a la Ley de Migraciones y, por supuesto, a su reglamento o a cualquier otra disposición de rango normativo inferior. Dado que el texto de ambas leyes aprobando los Acuerdos es prácticamente idéntico, nos referiremos aquí sólo a uno de ellos, al Acuerdo sobre Residencia para los Nacionales de los Estados Partes del MERCOSUR, Bolivia y Chile, aprobado por la ley N° 25.902.

En primer lugar, el Acuerdo define el término “Estados Partes” como aquellos países que sean Estados miembros del MERCOSUR, pero también aquellos que sean Países asociados del MERCOSUR (artículo 2). Esto significa que, en el caso argentino, el Acuerdo se aplica a los nacionales de, por un lado, Brasil, Paraguay, Uruguay, y Venezuela, en tanto que Estados partes del MERCOSUR, y, por otro lado, a los nacionales de Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador, Guyana, Perú y Surinam, en tanto que Estados Asociados. Como única limitación, se permite discriminar a los que hayan adquirido la nacionalidad por naturalización en algún Estado parte, dado que los mismos tienen que esperar cinco años antes de poder beneficiarse del Acuerdo (artículo 2). En el caso argentino, la referida Disposición N° 1.637 (2022) de la DNM limita el acceso al Acuerdo a los naturalizados en Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, Paraguay, Perú y Uruguay, excluyendo de este modo a los que se naturalicen en los restantes países de América del Sur. Esta Disposición es, sin embargo, contraria a la ley N° 25.902, la cual no establece dicha distinción. Por tanto, la ley, y no la disposición, son de aplicación en Argentina.

Cabe señalar también que, en aplicación del Protocolo de Ushuaia, la República Bolivariana de Venezuela se encuentra suspendida en todos los derechos y obligaciones inherentes a su condición de Estado Parte del MERCOSUR desde el 5 de agosto de 2017.⁶ Sin embargo, en dicha decisión se señala también la obligación de los Estados Partes de definir “medidas con vistas a minimizar los impactos negativos de esta suspensión sobre el pueblo venezolano”⁷.

El preámbulo del Acuerdo de Residencia establece de manera clara como uno de sus objetivos el “solucionar la situación migratoria de los nacionales de los Estados Partes y Asociados en la región”. Por su parte, el artículo 1 determina el objeto del Acuerdo de la siguiente manera:

Los nacionales de un Estado Parte que deseen residir en el territorio de otro Estado Parte podrán obtener una residencia legal en este último, de conformidad con los términos de este Acuerdo, mediante la acre-

ditación de su nacionalidad y presentación de los requisitos previstos en el artículo 4 del presente.

A continuación, el artículo 3 señala que el Acuerdo se aplica a dos categorías distintas de nacionales de un Estado Parte. En primer lugar, a los “nacionales de una Parte, que deseen establecerse en el territorio de la otra, y que presenten ante la sede consular respectiva su solicitud de ingreso al país”. En segundo lugar, se aplica también a los “nacionales de una Parte, que se encuentren en el territorio de otra Parte deseando establecerse en el mismo y que presenten ante los servicios de migración su solicitud de regularización”. En ambos casos, señala el artículo 3, se ha de presentar también la documentación que se recoge en el artículo 4.

IV. Motivos por los cuales la entrada irregular al país no puede implicar la imposibilidad de solicitar un permiso temporal de residencia

Existen tres motivos por los cuales la entrada irregular a la República de Argentina de una nacional de cualquiera de los Estados Miembros o Asociados del MERCOSUR, es decir, de los restantes 11 países de América del Sur, no puede implicar la imposibilidad de obtener un permiso de residencia.

En primer lugar, el artículo 4 del Acuerdo enumera una serie de documentos que han de ser presentados por los peticionantes para poder obtener una residencia temporaria. Dicha documentación puede dividirse en cuatro categorías: 1) documentos destinados a demostrar la identidad y nacionalidad del peticionante; 2) certificados que demuestren la carencia de antecedentes judiciales, penales o policiales durante los cinco años anteriores a la solicitud de residencia; 3) certificado médico, en caso de que lo exija la legislación

6 Decisión sobre la suspensión de la República Bolivariana de Venezuela en el MERCOSUR en aplicación del Protocolo de Ushuaia sobre compromiso democrático en el MERCOSUR, São Paulo, 5 de agosto de 2017.

7 Asimismo, se puede destacar que según el Artículo 20 del Tratado de Asunción del 26 de marzo de 1991, para la constitución de un mercado común entre los cuatro países originarios del MERCOSUR (Argentina, Brasil, Paraguay, y Uruguay), cualquier otro país miembro de la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI) puede solicitar la adhesión al MERCOSUR. Este proceso requiere la previa aprobación unánime de los Estados Partes. Esto implica que tanto Cuba como México o Panamá podrían solicitar dicha adhesión dado que son países miembros del ALADI. Asimismo, según la Decisión N°14 del 16 de julio de 2015 del Consejo del Mercado Común, también pueden solicitar la condición de Estado Asociado los países con los que el MERCOSUR suscriba Acuerdos en línea con lo dictaminado en el Artículo 25 del Tratado de Montevideo, como es el caso de Guyana y Surinam.

interna del país en concreto; y 4) pago de tasa administrativa. Además, el Acuerdo no deja ningún margen a los Estados Parte para incorporar requisitos adicionales para obtener la residencia de acuerdo a su legislación nacional. Esto significa que la acreditación del “legal ingreso” al país, como requiere la Disposición N° 1.637 (2022) que aprueba el Instructivo de Trámites del Mercosur, es contraria al Acuerdo y a la ley que lo aprueba en Argentina y, por tanto, no aplicable.

Más aún, el Acuerdo refuerza su preponderancia sobre el derecho interno al establecer una clara transición entre el ordenamiento jurídico supranacional y el doméstico. El artículo 6 indica que sólo en aquel supuesto en que el inmigrante, una vez vencida la residencia temporaria otorgada, no se presente ante la autoridad migratoria de país de recepción, quedará sometido “a la legislación migratoria interna de cada Estado Parte”.

Además, si bien los Estados pueden, en función del artículo 11 del propio Acuerdo, aplicar normas más benéficas y que, por tanto, sean más favorables a los nacionales de los Estados Parte, no pueden, a contrario sensu, aplicar normas que sean más gravosas para el disfrute de los derechos otorgados por el propio Acuerdo.

En segundo lugar, el inciso final del artículo 3 del Acuerdo establece que el procedimiento para obtener la residencia por aquellos que ya se encuentren en el territorio de otra Parte, “se aplicará con independencia de la condición migratoria con la que hubiera ingresado el peticionante al territorio del país de recepción, e implicará la exención del pago de multas u otras sanciones más gravosas”. Esta redacción permite realizar dos consideraciones. Primero, el Acuerdo no indica cómo ha de interpretarse el término condición migratoria. En el caso argentino, y como claramente se infiere del artículo 56 de la Ley de Migraciones N° 25.871, el término “condi-

ción migratoria” también se aplica a aquellos que están en situación irregular.⁸ Segundo, el mandato del artículo 3 de exonerar a la persona del pago de multas u otras sanciones no puede estar sino dirigido a aquellos que hayan entrado de manera irregular, dado que es precisamente esta categoría de personas migrantes la que en algunos ordenamientos jurídicos se ve sujeta a multas por entrada clandestina.

En tercer lugar, la interpretación de los artículos 1, 3 y 4 del Acuerdo queda absolutamente zanjada cuando se comparan con el ámbito de aplicación de otros acuerdos bilaterales sobre movilidad de personas negociados, firmados y ratificados por la República Argentina. En efecto, el Acuerdo bilateral con Brasil para la concesión de residencia permanente a titulares de residencias transitorias o temporarias, aprobado en Argentina por la ley N° 26.240, ha de ser analizado en primer término. Dicho Acuerdo permite a los nacionales de Brasil acceder directamente a una residencia permanente sin necesitar primero contar con una temporal⁹. Sin embargo, su artículo 2 es inequívoco al establecer que “los nacionales de una Parte que hubiesen ingresado al territorio de la otra Parte como clandestinos solamente podrán solicitar los beneficios del presente Acuerdo después de salir del territorio del país de recepción y reintegrarse regularmente.” Asimismo, el artículo 3 incluye entre los documentos requeridos para

8 El artículo 56 de la Ley de Migraciones N° 25.871 señala: “La aplicación de la presente ley no eximirá al empleador o dador de trabajo del cumplimiento de las obligaciones emergentes de la legislación laboral respecto del extranjero, cualquiera sea su condición migratoria”.

9 Acuerdo entre la República Argentina y la República Federativa del Brasil para la concesión de residencia permanente a titulares de residencias transitorias o temporarias, Puerto Iguazú, 30 de noviembre de 2005, aprobado en Argentina por la ley N° 26.240 del 11 de abril de 2007.

pedir una residencia permanente el “comprobante de ingreso en territorio de las Partes”. Por lo tanto, un nacional de Brasil que haya entrado de manera clandestina a la República Argentina no podrá obtener una residencia permanente de manera directa de acuerdo a la ley N° 26.240, pero sí podrá obtener una temporal de acuerdo a las leyes N° 25.902 y 25.903.

La misma exclusión de los clandestinos se encuentra presente en el artículo 3 de un acuerdo bilateral adoptado con Perú en 2007¹⁰, antes de que dicho país se adhiriera al Acuerdo de Residencia en 2011¹¹, con el consentimiento de todos los Estados Partes incluyendo a Argentina. Dicha exclusión no puede, por tanto, aplicarse para los ciudadanos peruanos dado que prima el uso de la norma más benéfica en función del artículo 11 del Acuerdo de Residencia, señalado anteriormente.

Un patrón similar puede observarse en otros acuerdos firmados por el Estado argentino y que ya no se encuentran en vigor como, por ejemplo, los Convenios de Migración adoptados a finales de los años 90 con, respectivamente, la República de Bolivia¹², la

República del Perú¹³, o la República de Paraguay¹⁴. El ámbito de aplicación de todos estos tratados bilaterales difería sustancialmente del Acuerdo de Residencia MERCOSUR. En efecto, para el caso de aquellas personas que tuviesen una condición irregular de permanencia, todos los acuerdos establecían un período de entre 180 y 365 días, dependiendo del instrumento, para poderse regularizar. Dicho plazo empezaba a contar a partir de la fecha de vigencia del acuerdo en concreto.

Es irrefutable, por consiguiente, que los Acuerdos de Residencia MERCOSUR tienen un ámbito de aplicación diferente y más amplio que estos instrumentos bilaterales. De hecho, como bien señalan numerosos autores (Vichich 2011, 340; Ceriani 2011; Acosta 2018), así como organismos internacionales (OIM 2018, 13), el principal requisito para obtener una residencia bajo los Acuerdos MERCOSUR es la nacionalidad. Es evidente que esto no podría ser ignorado por el Estado argentino dado que fue la propia delegación argentina la que propuso el texto finalmente adoptado en 2002 ante el Grupo de Trabajo Especializado Migratorio de la Reunión de Ministros del Interior del MERCOSUR (Alfonso 2012, 47-52). Por tanto, no queda ningún lugar a la duda sobre el ámbito personal de aplicación del Acuerdo.

10 Acuerdo sobre Residencia para Nacionales de la República Argentina y la República del Perú, Buenos Aires, 15 de junio de 2007, aprobado en Argentina por ley N° 26.535 de 28 de octubre de 2009.

11 Acta de Adhesión de la República del Perú al Acuerdo sobre Residencia para Nacionales de los Estados Partes del MERCOSUR, Bolivia y Chile, Asunción, 28 de junio de 2011.

12 Convenio de Migración entre la República Argentina y la República de Bolivia, Buenos Aires, 16 de febrero de 1998; Protocolo Adicional al Convenio de Migración entre la República de Argentina y la República de Bolivia, La Paz, 6 de noviembre de 2000; Segundo Protocolo Adicional al Convenio de Migración entre la República Argentina y la República de Bolivia, Buenos Aires, 12 de diciembre de 2003. Ver también Acuerdo Migratorio entre la República Argentina y la República de Bolivia, Buenos Aires, 21 de abril de 2004.

13 Convenio de Migración entre la República Argentina y la República del Perú, Lima, 12 de agosto de 1998; Protocolo Adicional al Convenio de Migración entre la República Argentina y la República del Perú, Buenos Aires, 21 de diciembre de 1999; Protocolo Adicional al Convenio de Migración entre la República Argentina y la República del Perú, Buenos Aires, 16 de diciembre de 2002.

14 Convenio de Migración entre la República Argentina y la República de Paraguay, Buenos Aires, 18 de noviembre de 1998; Convenio de Migración entre la República Argentina y la República del Paraguay, Buenos Aires, 5 de septiembre de 2001.

V. Tres opciones de interpretación de los Acuerdos de Residencia: literal, finalista o teleológica y pro persona

Existen tres posibles opciones de interpretación del texto de los Acuerdos de Residencia MERCOSUR. Partiendo de la base del artículo 31 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969 (Convención de Viena)¹⁵, se puede señalar que dicha interpretación ha de realizarse “de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin”. Además, el artículo 27 de la misma Convención señala que: “una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”.

En primer lugar, la interpretación literal del texto no deja lugar a dudas. Los Acuerdos de Residencia exigen a la persona demostrar una serie de requisitos para poder obtener la residencia y, entre ellos, no existe la condición de establecer la entrada legal al territorio. La CSJN ha avalado en numerosas sentencias que “la primera fuente de exégesis de la ley es su letra, a la que no se le debe dar un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, sino el que las concilie y conduzca a una integral armonización de sus preceptos”¹⁶. Del mismo modo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha hecho referencia a interpretar el “sentido corriente de los términos” de los tra-

tados en diversos casos contenciosos¹⁷ como en opiniones consultivas¹⁸.

En segundo lugar, una interpretación teleológica tendría en cuenta la finalidad y el objetivo que se buscaba al adoptar un determinado instrumento jurídico. En el caso que nos ocupa, podemos referirnos en primer lugar a los trabajos preparatorios. Como bien señala Adriana Alfonso, el Acuerdo de Residencia tuvo como finalidad establecer un procedimiento permanente de regularización que pudiese obtenerse en cualquier momento (Alfonso 2012, 49-50). Además, como bien consta en el Acta de la Reunión de Ministros de Interior del MERCOSUR de noviembre de 2002 que decidió enviar el anteproyecto de Acuerdo de Residencia al Consejo del Mercado Común¹⁹, ninguno de ellos sugirió ningún tipo de reserva al Acuerdo sino que, más bien al contrario, lo consideraron de manera unánime como “uno de los pasos más trascendentes dados desde el inicio del proceso de integración”.

Además, siguiendo con lo establecido en el artículo 31 inc. 2 de la Convención de Viena de 1969²⁰, se puede hacer referencia al

15 La República Argentina ratificó la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados el 5 de diciembre de 1972. Disponible en: https://treaties.un.org/Pages/ViewDetailsIII.aspx?src=IND&mtdsg_no=XXIII-1&chapter=23&Temp=mtdsg3&clang=en

16 CSJN, “Acosta” rta. 23 de abril de 2008, consid. 6°. En igual sentido, véase: CSJN, “Blum”, rta. de 15 de abril de 2004; CSJN, “ATEGAM S.A.”, rta. 5 de septiembre de 2006; CSJN, “Banco de la Pcia. de Bs. As”, rta. 11 de diciembre de 2007.

17 Corte IDH. *Caso Artavia Murillo*, rta. 28 de noviembre de 2012, párr. 186-189; Corte IDH. *Caso Cuscul Pivaral*, rta. 23 de agosto de 2018, párr. 75-78; Corte IDH. *Caso Castañeda Gutman* rta. 6 de agosto de 2008, párr. 151.

18 Corte IDH. *Opinión Consultiva OC-22/16*, 26 de febrero de 2016, párr. 39; Corte IDH. *Opinión Consultiva OC-20/09*, 29 de septiembre de 2009, párr. 26, Corte IDH. *Opinión Consultiva OC-04/84*, 19 de enero de 1984, párr. 23.

19 XII Reunión de Ministros del Interior del MERCOSUR, MERCOSUL/RMI/ATA No 02/02.

20 Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, art. 31 inc. 2: “Para los efectos de la interpretación de un tratado. el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos: a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado: b) todo instrumento formulado por una o más partes con

preámbulo de los Acuerdos de Residencia, los cuales señalan, en primer lugar, que “la libre circulación de personas es esencial para la consecución de los objetivos” establecidos en el Tratado de Asunción y el Protocolo de Ouro Preto de “fortalecer y profundizar el proceso de integración”. Incluso, se menciona que “solucionar la situación migratoria de los nacionales de los Estados Partes en la región” tiene como objetivo “fortalecer los lazos que unen a la comunidad regional”.

Por tanto, es absolutamente claro que el propósito que buscaban los Acuerdos de Residencia MERCOSUR era acabar con la situación de irregularidad en la que se encontraban algunos nacionales de países miembros y establecer un mecanismo permanente de acceso a la residencia y, por consiguiente, de regularización. Estos elementos son de hecho explícitamente reconocidos en el preámbulo del Decreto N° 616/10, cuando señala que

(...) conforme a la mencionada normativa y a los Acuerdos Migratorios suscriptos por nuestro país, también se han incorporado al ordenamiento jurídico nacional criterios migratorios de admisión, permanencia, egreso y regularización para los ciudadanos nativos de los Estados Parte del MERCADO COMUN DEL SUR (MERCOSUR) y sus Estados Asociados, tal lo especificado en el criterio de nacionalidad previsto en el artículo 23, inciso I) de la ley N° 25.871, en concordancia con el proceso de integración en que se encuentra inmerso nuestro país y la región latinoamericana.

Por último, ha de mencionarse una posible interpretación del Acuerdo en función del principio pro-persona o pro-homine que, recordemos, exige estar siempre a la norma más

favorable a la vigencia de los derechos, es decir, a la interpretación más extensiva cuando se trata de reconocer derechos protegidos; y proceder de manera opuesta, esto es, aplicar la norma o la interpretación más acotada, cuando se trate de restringirlos.²¹ Es evidente que este principio se ha de aplicar también, tanto por parte de la administración como de los tribunales, en base no solo al artículo 11 de los propios acuerdos de residencia, sino a la propia Ley de Migraciones y su reglamento en Argentina. En efecto, el artículo 28 de la Ley de Migraciones señala que: “los extranjeros incluidos en Acuerdos o Convenios de Migraciones suscriptos por la República Argentina se regirán por lo dispuesto en los mismos y por esta ley, en el supuesto más favorable para la persona migrante” agregando, hacia el final del dispositivo, que se priorizarán “las medidas necesarias para el logro del objetivo final de la libre circulación de personas en el MERCOSUR”. Por su parte, el artículo 1 del Decreto N° 616/2010 establece que “en caso de duda” en cuanto a las normas que han de aplicarse a una persona en concreto, “deberá estarse a lo que resulte más favorable al inmigrante”.

VI. Conclusión

El marco normativo de migraciones en Argentina se compone de diversos instrumentos que no solo incluyen a la Ley de Migraciones y su reglamento. Su correcta aplicación y uso por parte de la administración y los tribunales en la nación, y en particular el de las leyes N° 25.903 y N° 25.902 que aprueban los Acuerdos de Residencia MERCOSUR en Argentina, es absolutamente central para el estado de derecho y para el respeto del marco constitucional en el país.

motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado”.

21 Corte IDH, *Opinión Consultiva OC-7/86*, 29 de agosto de 1986, - Opinión separada del juez Rodolfo E. Piza Escalante -, párr. 36.

El presente artículo ha explicado los motivos jurídicos por los cuales la excepción de entrada irregular al país como impedimento para solicitar un permiso de residencia en la Argentina, que deriva de la lectura conjunta de los artículos 29 de la ley y 61 del reglamento, no es aplicable a los nacionales de cualquier país de América del Sur. Esto es así, porque dada la jerarquía de normas que rige en Argentina, cualquier contradicción entre las leyes N° 25.902 y N° 25.903, respecto de la Ley de Migraciones N° 25.871, ha de resolverse aplicando las primeras. Es urgente que tanto los tribunales como la administración respeten lo establecido por la jerarquía normativa en el país y apliquen correctamente estas normas a los miles de personas que puedan verse afectadas por una posición contraria.

Bibliografía

Acosta, Diego. 2018. *The National versus the Foreigner in South America. 200 Years of Migration and Citizenship Law*. Cambridge: Cambridge University Press.

Acosta, Diego y Luisa Feline Freier. 2015. “Discursos y políticas de inmigración en Sudamérica: ¿hacia un nuevo paradigma o la confirmación de una retórica sin contenido?” *REMHU - Revista Interdisciplinaria da Mobilidade Humana* 23 (44). 171-189.

Acosta, Diego y Luisa Feline Freier. 2015. “Turning the Immigration Policy Paradox Upside Down? Populist Liberalism and Discursive Gaps in South America.” *International Migration Review* 49 (3). 659-696.

Acosta, Diego y Carmen Miguel Juan. 2022. *Protocolo de actuación para facilitar el acceso a la justicia a personas en contexto de*

movilidad humana. Buenos Aires. Defensoría General de la Nación / EUROsociAL +.

Alfonso, Adriana. 2012. *Integración y migraciones. El tratamiento de la variable migratoria en el MERCOSUR y su incidencia en la política migratoria argentina*. Serie Cuadernos Migratorios N° 3. Buenos Aires: OIM.

Ceriani, Pablo y Diego Morales. 2011. *Argentina: Avances y Asignaturas Pendientes en la Consolidación de una Política Migratoria Basada en los Derechos Humanos*. Buenos Aires: Centro de Estudios Legales y Sociales.

Debandi, Natalia; Julieta Nicolao y Ana Paula Penchaszadeh. 2021. *Anuario Estadístico Migratorio de la Argentina 2020*. Buenos Aires: CONICET.

Hines, Bárbara. 2010. “El derecho a migrar como un derecho humano: La actual ley inmigratoria argentina”, *Pensamiento Civil*. Consultado: 10 de junio de 2022.

<http://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/2018/06/Doctrina3646.pdf>

<https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/documentos/GU%C3%8DA%20R%C3%81PIDA%20DE%20CITAS%20Y%20REFERENCIAS%20BIBLIOGR%C3%81FICAS.pdf>

Odriozola, Ignacio. 2022. “Argentina’s Supreme Court and the Huang case: a hidden policy?” *Migration Mobilities Bristol – Latin America*. Consultado: 10 de junio de 2022.

<https://mmlatinamerica.blogs.bristol.ac.uk/2022/02/23/argentinas-supreme-court-and-the-huang-case-a-hidden-migration-policy/>

OIM. 2018. *Evaluación del Acuerdo de Residencia del MERCOSUR y su incidencia en el acceso a derechos de los migrantes*. Serie Cuadernos Migratorios N° 9. Buenos Aires: OIM.

Pérez Vichich, Nora. 2011. “El MERCOSUR ampliado: un enfoque alternativo de las políticas públicas sobre movilidad de personas”. En: *Sulamérica comunidade imaginada-emancipação e integração*, coordinado por Cerqueira Filho, p. 331-343. Niterói, Editora da UFF.

Jurisprudencia nacional

CSJN, “ATEGAM S.A. c/ Provincia del Chubut s/Demanda”, rta. 5 de septiembre de 2006.

CSJN, “Banco de la Pcia. de Bs. As. c/ D.G.I. s/ Dirección General Impositiva”, Fallos: 330:4988, rta. 11 de diciembre de 2007

CSJN, “Blum y Cartagena s/ causa n° 4052”, Fallos: 327:991, rta. 15 de abril de 2004.

CSJN, “Huang c/ EN – DNM s/ recurso directo DNM”, rta. 7 de diciembre de 2021.

CSJN, “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Maldonado Ruiz Díaz c/ EN - M Interior OP y V - DNM s/ recurso directo DNM”, rta. 21 de diciembre de 2021.

CSJN, “Recurso de hecho deducido por la defensora oficial de Acosta en la causa Acosta s/ infracción art. 14, 1° párrafo ley N°23.737 causa N° 28/05C”, Fallos 331: 858, rta. 23 de abril de 2008.

CSJN, “Recurso de hecho deducido por la parte actora en la causa Solis Laime c/ EN - M Interior OP y V - DNM s/ recurso directo DNM”, rta. 21 de diciembre de 2021.

CSJN, “Rojas c/ EN -M Interior OP y VDNM s/ recurso directo DNM”, rta. 7 de diciembre de 2021.

Jurisprudencia internacional

Corte IDH. *Artículo 55 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Opinión Consultiva OC-20/09 de 29 de septiembre de 2009, Serie A. No. 20.

Corte IDH. *Exigibilidad del Derecho de Rectificación o Respuesta (arts. 14.1, 1.1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Opinión Consultiva OC-7/86 del 29 de agosto de 1986, Serie A, nro. 7.

Corte IDH. Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización, Opinión Consultiva OC-04/84 de 19 de enero de 1984, Serie A. No. 4.

Corte IDH. *Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in Vitro) Vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. Serie C No. 257.

Corte IDH. *Caso Castañeda Gutman Vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C No. 184.

Corte IDH. *Caso Cuscul Pivaral y otros Vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de agosto de 2018. Serie C No.359.

Corte IDH. *Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (Interpretación y alcance del artículo 1.2, en relación con los artículos 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46, y 62.3 de la Convención Americana so-*

bre Derechos Humanos, así como del artículo 8.1 A y B del Protocolo de San Salvador). Opinión Consultiva OC-22/16 de 26 de febrero de 2016. Serie A No. 22.

Instrumentos regionales e internacionales

Acta de Adhesión de la República del Perú al Acuerdo sobre Residencia para Nacionales de los Estados Partes del MERCOSUR, Bolivia y Chile, Asunción, 28 de junio de 2011.

Acuerdo entre la República Argentina y la República Federativa del Brasil para la concesión de residencia permanente a titulares de residencias transitorias o temporarias, Puerto Iguazú, 30 de noviembre de 2005.

Acuerdo Migratorio entre la República Argentina y la República de Bolivia, Buenos Aires, 21 de abril de 2004.

Acuerdo sobre Residencia para Nacionales de los Estados Partes del MERCOSUR, Brasilia, 6 de diciembre de 2002.

Acuerdo sobre Residencia para Nacionales de los Estados Partes del MERCOSUR, Bolivia y Chile, Brasilia, 6 de diciembre de 2002.

Acuerdo sobre Residencia para Nacionales de la República Argentina y la República del Perú, Buenos Aires, 15 de junio de 2007.

Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, Viena, 23 de mayo de 1969.

Convenio de Migración entre la República Argentina y la República de Bolivia, Buenos Aires, 16 de febrero de 1998.

Convenio de Migración entre la República Argentina y la República del Perú, Lima, 12

de agosto de 1998.

Convenio de Migración entre la República Argentina y la República de Paraguay, Buenos Aires, 18 de noviembre de 1998.

Convenio de Migración entre la República Argentina y la República del Paraguay, Buenos Aires, 5 de septiembre de 2001.

Protocolo Adicional al Convenio de Migración entre la República Argentina y la República del Perú, Buenos Aires, 21 de diciembre de 1999.

Protocolo Adicional al Convenio de Migración entre la República Argentina y la República del Perú, Buenos Aires, 16 de diciembre de 2002.

Protocolo Adicional al Convenio de Migración entre la República de Argentina y la República de Bolivia, La Paz, 6 de noviembre de 2000.

Segundo Protocolo Adicional al Convenio de Migración entre la República Argentina y la República de Bolivia, Buenos Aires, 12 de diciembre de 2003.

XII Reunión de Ministros del Interior del MERCOSUR, MERCOSUL/RMI/ATA No 02/02.

Documentos de organismos internacionales

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Impacto del procedimiento de solución amistosa, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 45/13 18 diciembre 2013.

Comité contra la Tortura, Conclusiones y recomendaciones a la República Argentina, CAT/C/CR/33/1 10 de noviembre de 2004.

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observaciones finales a la República Argentina, E/C.12/ARG/CO/3, 14 de diciembre 2011.

Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, Observaciones finales a la República Argentina, CMW/C/ARG/CO/1, 2 de noviembre de 2011.

Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Observaciones finales a la República Argentina, CERD/C/ARG/CO/19-20, 29 de marzo de 2010.

El rol de la defensa pública en los procedimientos administrativos y/o judiciales en materia migratoria

César Augusto Balaguer

Abogado y procurador (UBA). Defensor oficial ante la Cámara Federal de San Justo con competencia en lo Civil Comercial y Contencioso Administrativo. Co-titular de la Comisión del Migrante de la Defensoría General de la Nación. Realizó la Diplomatura en Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales y el Posgrado de actualización en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (UBA).

El encuentro entre el migrante y el ordenamiento jurídico del país receptor será más o menos traumático dependiendo de los canales de diálogo que existan en la administración estatal y, más específicamente, dentro del derecho administrativo del país al que arribe. El encuentro entre la persona humana -con su carga de vulnerabilidades- y las regulaciones estatales, no será ocasional. Por el contrario, esa confluencia determinará la vida de la persona en movilidad y la de su familia por un tiempo que suele ser muy largo, hasta determinar un status migratorio definitivo.

La categoría migratoria es una condición jurídica que repercutirá en las relaciones de la persona migrante con el Estado y con terceros. Ésta se revela como un aspecto determinante para su bienestar, pues de ella depende el acceso al empleo, a la vivienda y a su permanencia libre de intromisiones por parte del poder de policía estatal.

Es necesario subrayar tres aspectos que actúan interrelacionados dentro del ámbito de determinación de los derechos y obligaciones de la persona migrante, tanto en la faz administrativa como en la judicial. Ellos son: a) la necesaria participación de la persona en el procedimiento administrativo con las garantías previstas en la Ley N° 25.871; b) las condiciones de emisión de la voluntad esta-

tal; y c) el contenido de la revisión judicial posterior.

Para contextualizar los aspectos mencionados, traeré a colación un antecedente que, sin dudas, presentará puntos de similitud con tantos otros. La afectación al grupo familiar resultó ser, en este caso, dramática. Esto se replica en otros procesos en los que las familias acuden al Ministerio Público de la Defensa motivados en que la persona migrante se encuentra en un avión próximo a partir.

Se trata del caso del Sr. U.S., quien ingresó al país en el año 2012 y obtuvo la radicación temporaria por el término de 24 meses. Luego, articuló los mecanismos jurídicos respectivos para obtener la radicación definitiva. Acompañó documentación que acreditaba, por un lado, su falta de antecedentes penales en la Argentina. Por el otro, aportó las constancias fehacientes de que no era requerido por autoridades judiciales en su país de origen. No obstante, la autoridad migratoria emitió sucesivas intimaciones que, por cierto, el Sr. U.S. cumplió. En el marco del proceso, se constató que tenía un antecedente condenatorio en su país de origen, que databa del año 2007 y que se encontraba extinto. Por esa razón, las actuaciones judiciales habían sido archivadas. Finalmente, y mediando una nueva intimación de la autoridad migratoria, el Sr. U.S. dedujo una nueva presentación en la que expresó que la condena se encontraba prescripta, pese a lo cual resultaba materialmente imposible obtener un certificado que expresara que carecía de antecedentes. A pesar de ello, la autoridad migratoria dispuso su expulsión.

Para resolver de ese modo, las autoridades migratorias se apoyaron en un dictamen jurídico que indicaba que no se dan los presupuestos del artículo 51 del Código Penal. A partir de este momento, comenzó una nueva etapa que agravó el cuadro. En efecto, el funcionario encargado de realizar la diligen-

cia dejó asentado que nadie respondió a los llamados en el domicilio constituido, motivo por el que procedió a fijar la notificación en la puerta.

En el año 2016, frente al silencio del Sr. U.S la Dirección Nacional de Migraciones articuló con éxito un pedido de medida cautelar de retención con fines de expulsión, materializada en el mes de abril de 2022, en ocasión en que la persona concurrió a la sede de la Dirección Nacional de Migraciones a fin de interiorizarse sobre su situación migratoria. Al hacerlo, el hombre fue retenido y, finalmente, expulsado del país.

I. La necesaria intervención de la persona y su derecho de defensa

I.1. La presencia necesaria de la persona en el proceso administrativo

La intervención de la persona migrante en el procedimiento administrativo que puede determinar su expulsión del país es el primer aspecto que debemos destacar a la hora de pensar en su derecho a la defensa. Esa diligencia sustancial es exigida por la regulación específica de la Ley N° 25.871, y tiene su apoyatura en el artículo 18 de la Constitución Nacional, como así también en los artículos 8 (inc. 1 y 2; garantías del debido proceso) y 25 (debida protección judicial) de la Convención Americana de Derechos Humanos y en el artículo 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

En efecto, como una derivación lógica de la tutela administrativa efectiva, del derecho a ser oído y del derecho a la necesaria protección judicial, el artículo 86 de la Ley N° 25.871 establece el derecho a la asistencia letrada gratuita y establece que la reglamentación de la norma deberá “resguardar el ejercicio del derecho constitucional de defensa”. De allí que el Decreto reglamentario N° 616/2010

ordena la suspensión del procedimiento ante el planteo de la persona migrante hasta tanto reciba el asesoramiento o se produzca la intervención letrada.

Para comprender la real dimensión que la ley le otorga al derecho de defensa del migrante, el artículo 89 de la Ley N° 25.871 lo incluye dentro de los aspectos a revisar por el poder jurisdiccional, en pie de igualdad junto a la razonabilidad de lo decidido y al principio de legalidad de los actos estatales.

Tal como afirma García Pulles (2020, 211), “el debido proceso adjetivo es el principio central del procedimiento, que encuentra en el ámbito sancionador expresiones mucho más extensas que las predicables para los trámites ordinarios de la administración”.

Como queda expresado en el diseño original de la ley y su reglamentación, el proceso administrativo en materia migratoria no puede desarrollarse en ausencia de la persona migrante, exigiéndose ante el planteo del migrante, como mínimo, su debido asesoramiento por parte de la defensa pública; mientras tanto, el trámite debe ser suspendido. Sin embargo, la práctica administrativa decidida por la autoridad migratoria estatal transgrede la norma reglamentaria, toda vez que, según las épocas, frente al planteo de la persona migrante realizado ante la orden de expulsión, la suspensión ha sido decretada por un plazo de diez días (pasados los cuales se considera consentida la orden de expulsión), o simplemente, se toma la expresión de voluntad del migrante como recurso administrativo sin asistencia letrada.

Sentado lo expuesto, no existe una distinción de etapas del procedimiento administrativo a partir del cual nacería el derecho a la asistencia letrada gratuita. Según la reglamentación (Decreto N° 616/2010), la intervención de la defensa pública se supedita a la existencia de un planteo por parte del migrante. Entonces, la intervención letrada de la

defensa se vincula directamente con la oportunidad en que el migrante es convocado a participar del procedimiento administrativo.

En los trámites en que se debate la radicación de una persona extranjera o su permanencia en el país, la aparición de algún antecedente penal o el incumplimiento a los recaudos de orden administrativo constituye un hito de relevancia tal que, a partir de cualquiera de ellos, aparece como posibilidad su expulsión. Dicho de otro modo: la obligación del Estado de participar a la persona migrante para que ejerza su derecho a ser oído nace al momento de la recepción por parte de la autoridad migratoria de la noticia del antecedente penal o ante el incumplimiento de los recaudos previstos en la ley.

En base a lo establecido en el artículo 1 inc. c de la Ley N° 19.549 podemos afirmar que, a partir del planteo realizado por la persona y su sucedánea intervención letrada, desaparece el principio del informalismo en materia administrativa. Esta garantía adjetiva alude –por un lado- a la posibilidad de la persona migrante de prescindir de formas específicas para formular su petición en el procedimiento y –por otro-- a la imposibilidad del Estado de proceder a calificar jurídicamente esas peticiones. Así, podemos afirmar que la actividad estatal previa a la intervención de la persona migrante con patrocinio no podría contener decisiones de orden jurídico. Tal como dice Hutchinson (2006,63), “la intervención obligada de un profesional del derecho no justificaría en modo alguno el principio del informalismo; nacería así un procedimiento formal”.

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha afirmado la obligación estatal de notificar fehacientemente la *eventual* decisión de expulsar a la persona, que debe estar debidamente motiva-

da¹. Asimismo, en su Opinión Consultiva N° 21/14, la Corte IDH aludió al recaudo establecido en el artículo 8 inc. 2 de la Convención².

En ese sentido, los principios rectores clásicos que moldean el proceder estatal contenidos en la Ley N° 19.549 prevén la necesaria audiencia con la persona, ya que allí se tratan decisiones jurídicas que la van a afectar (artículo 7, inc. c de la ley). En el marco del expediente donde se debatían esas cuestiones jurídicas relativas a su interés, la persona tiene facultades de pedir vista de las actuaciones y de aportar prueba (Decreto reglamentario N°894/2017, artículos 16, 46 y concordantes).

Gozafni (2017, 425), luego de clarificar la posición del Sistema Interamericano de Derechos Humanos respecto de la aplicabilidad del debido proceso legal en sede administrativa, incluye expresamente en su contenido –en base al informe de fondo que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) emitió en abril de 1999 en el caso *Loren Riebe y otros*– la garantía de una audiencia con la persona en el marco de un procedimiento administrativo sancionatorio. Este incluye a su vez el derecho a la asistencia letrada, a conocer los términos de la imputación y a una decisión en un plazo razonable.

Desde este punto de vista, la orden de expulsión de una persona a su país de origen debe contener, bajo pena de nulidad, la necesaria intervención de la persona migrante,

con la consecuente garantía de asistencia letrada con carácter previo a su dictado.

I.2. La intervención de la defensa pública

En materia migratoria, la intervención de la defensa pública actúa como contrapeso necesario e indispensable en relación con las prerrogativas que dispone el Estado para evaluar la dispensa de aquellos migrantes que han incurrido en alguna de las causales que impugnan su permanencia en el país.

Tal como fuera desarrollado por la Dra. Silvia Edith Martínez³, la Corte IDH afirma que la defensa pública “compensa la desigualdad procesal en la que se encuentran las personas que se enfrentan al poder punitivo del Estado, ya sea en su esfera administrativa, legislativa o judicial”⁴. Específicamente, dicho tribunal destaca en su Opinión Consultiva N° 18 que la vulneración del derecho a ser asistido por la defensa pública se materializa cuando las personas migrantes acuden a las instancias administrativas y/o judiciales y se

3 Jornada Defensa Pública y Corte Interamericana de Derechos Humanos, organizada por la ADEPU y la Corte IDH, llevadas a cabo de manera virtual los días 20 y 25 de octubre de 2021.

4 Ver Corte IDH, caso *Ruano Torres... vs. El Salvador*. Sentencia del 5 de octubre de 2015, párr. 151. “el derecho a un debido proceso está íntimamente ligado al actuar de la defensa y se refiere al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado, adoptado por cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que pueda afectarlos” y párr.156: “La institución de la defensa pública, a través de la provisión de servicios públicos y gratuitos de asistencia jurídica permite, sin duda, compensar adecuadamente la desigualdad procesal en la que se encuentran las personas que se enfrentan al poder punitivo del Estado, así como la situación de vulnerabilidad de las personas privadas de libertad, y garantizarle un acceso efectivo a la justicia en términos igualitarios”.

1 Corte IDH. “Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana”. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 28 de agosto de 2014. Serie C No. 282.

2 Corte IDH. O.C. 21/14.19 de agosto de 2014. Serie A No. 21. Allí se estableció que “en procesos tales como los que puedan desembocar en la expulsión o deportación de extranjeros, el Estado no puede dictar actos administrativos o adoptar decisiones judiciales sin respetar determinadas garantías mínimas, cuyo contenido es sustancialmente coincidente con las establecidas en el numeral 2 del artículo 8 de la Convención”.

les deniega la asistencia letrada gratuita⁵. En el mismo sentido se expide en el precedente *Vélez Loor v. Panamá*⁶.

Es menester resaltar, también, que la Corte IDH destaca la necesidad de que la defensa oficial sea dotada de herramientas que aseguren una “actuación eficiente y en igualdad de armas con el poder persecutorio”⁷.

El máximo tribunal interamericano ha establecido que la defensa debe ser eficaz, oportuna, realizada por gente capacitada, y debe permitir fortalecer la defensa del interés concreto del imputado⁸. Interesa recalcar que en su dictamen pericial, el Dr. Alberto Binder en el caso *Ruano Torres* expresó que

5 Ver Corte IDH, Opinión Consultiva. OC 18/03, párr. 126: “Se vulnera el derecho a las garantías y a la protección judicial por varios motivos: por el riesgo de la persona cuando acude a las instancias administrativas o judiciales de ser deportada, expulsada o privada de su libertad, y por la negativa de la prestación de un servicio público gratuito de defensa legal a su favor, lo cual impide que se hagan valer los derechos en juicio. Al respecto, el Estado debe garantizar que el acceso a la justicia sea no solo formal sino real”.

6 Ver Corte IDH, caso *Vélez Loor v. Panamá*, párr. 146: “La Corte ha considerado que, en procedimientos administrativos o judiciales en los cuales se pueda adoptar una decisión que implique la deportación, expulsión o privación de libertad, la prestación de un servicio público gratuito de defensa legal a favor de éstas es necesaria para evitar la vulneración del derecho a las garantías del debido proceso. En efecto, en casos como el presente en que la consecuencia del procedimiento migratorio podía ser una privación de la libertad de carácter punitivo, la asistencia jurídica gratuita se vuelve un imperativo del interés de la justicia”.

7 Ver Corte IDH, caso *Ruano Torres v. El Salvador*, párr. 155 “La defensa pública como medio a través del cual el Estado garantiza el derecho de todo imputado a ser asistido por un defensor, debe estar dotada de garantías suficientes para su actuación eficiente y en igualdad de armas con el poder persecutorio. El Estado debe adoptar todas las medidas adecuadas para ello, como defensores idóneos y capacitados que actúen con autonomía funcional”.

8 Corte IDH, caso *Ruano Torres v. El Salvador*, párr. 158.

“no debe tratarse de un medio para cumplir formalmente con la legitimidad del proceso. Cualquier forma de defensa aparente resultaría violatoria de la Convención Americana”⁹.

Tal como se observa en la práctica, la intervención letrada aparece en un proceso en movimiento en donde la persona migrante es notificada de una orden de expulsión ya decidida y emplazada a recurrir en un plazo determinado. Es necesario señalar, además, que la presencia del defensor en el proceso legitima lo ocurrido hasta ese momento, salvo impugnación expresa. De ahí la importancia de advertir –por ejemplo– desde cuándo debió ser citada la persona migrante a comparecer y cuáles fueron las resoluciones estatales llevadas a cabo sin la presencia de la parte.

Los principios expuestos demarcan el carril que deben observar los órganos estatales que intervienen en un procedimiento administrativo en el que se dilucida una causal de impedimento de permanencia en el país. Entonces, la derivación que formule la autoridad administrativa en los términos del artículo 86 de la Ley N° 25.871 –en función de lo dispuesto en el artículo 86 de su decreto reglamentario N° 616/2010– deberá garantizar la presencia de la persona migrante, ya sea mediante el otorgamiento del respectivo poder para actuar en su nombre o, en su caso, a recibir el asesoramiento que corresponda. De no hallarse reunidos esos aspectos esenciales, el

9 Informe pericial de Alberto Binder en el caso *Ruano Torres v. El Salvador*: “No basta con el nombramiento de un abogado, sino que ellos deben ser “idóneas y capacitadas”. Esta simple declaración es importante dado que en la historia de la región se ha utilizado regularmente los sistemas de defensa pública como una simple medida para cumplir formalmente con la defensa. Defensores que simplemente firmaban actas, que no conocían a los imputados, que prestaban su firma para dar cumplimiento al requisito y otras mil formas de defensa meramente formal, han sido rechazadas por la jurisprudencia de la CIDH. El principio es claro: viola la CADH cualquier forma de defensa aparente”.

Ministerio Público de la Defensa debe devolver esa intervención, pues no es dable pensar ni legitimar una representación en ausencia. Ello por cuanto sería cumplir formalmente con la defensa otorgándole legitimidad a un proceso sin audiencia de la parte, en contravención al sistema tuitivo de derechos humanos antes referido.

Con respecto a la actuación de la defensa pública, resulta importante destacar la eventual responsabilidad del Estado por la actuación defectuosa inexcusable del defensor oficial, tal como ocurrió con el Sr. Ruano Torres en su país (El Salvador)¹⁰. También merece subrayarse la aseveración de que la función debe ser desarrollada con independencia y con autonomía funcional, presupuestaria y técnica¹¹. El hecho de que el Ministerio Público de la Defensa integre la estructura estatal eventualmente compromete la responsabilidad internacional del Estado Argentino. En modo alguno ese dato puede condicionar la autonomía funcional de la defensa, que debe ser “eficiente, libre de injerencias y controles indebidos por parte de otros poderes del Estado”, y cuyo mandato es “el interés de su defen-

dido o defendida”¹². En este sentido, la Corte Interamericana destaca que “ningún defensor público puede subordinar los intereses de su defendido a otros intereses sociales o institucionales o a la preservación de la justicia”¹³. En consecuencia, la Corte IDH señaló que el carácter de funcionaria o funcionario público de quienes prestan la defensa oficial en modo alguno puede afectar en el sentido de limitar el desempeño específico ante un caso concreto.

En el mismo sentido, la Resolución de la Asamblea General de la OEA *Hacia la autonomía y fortalecimiento de la Defensa Pública Oficial como garantía de acceso a la justicia*¹⁴, destaca que, sin perjuicio de la diversidad de los sistemas jurídicos de cada país, resulta importante la independencia, autonomía funcional, financiera y/o presupuestaria de la defensa pública oficial. Esto, como parte de los esfuerzos de los Estados miembros para garantizar un servicio público eficiente, libre de injerencias y controles indebidos por parte de otros poderes del Estado que afecten su autonomía funcional y cuyo mandato sea el interés de su defendido o defendida.

1.3. La cuestión de la notificación

Es llamativo que el ejercicio del derecho a la defensa, uno de los pilares del procedimiento administrativo que determina si una persona debe ser deportada, encuentra una limitación tan severa y determinante para su efectivo cumplimiento en una cuestión de detalle como la forma de la diligencia de notificación. Debe tenerse presente que la adecuada notificación de los actos estatales tiene por objeto proporcionar a los litigan-

10 La Corte IDH, al evaluar de manera integral las actuaciones de la defensa pública en el caso, verificó que los defensores que representaban al señor Ruano Torres no solicitaron la nulidad de la diligencia de reconocimiento en rueda de personas con base en las irregularidades que habrían sucedido, según lo indicado por el propio imputado y otras personas, así como sobre la base de que la víctima del delito había visto a los detenidos en los medios de comunicación. De este modo, la identificación positiva de José Agapito Ruano Torres como uno de los partícipes en el hecho punible durante el reconocimiento en rueda de personas y en la vista pública se convirtió en uno de los fundamentos de la condena. Además, la defensa pública no presentó recurso contra la condena, que podría haber obtenido el doble conforme por parte de un juez o tribunal distinto y de superior jerarquía orgánica al que emitió la sentencia condenatoria.

11 Cfr. Resolución de la Asamblea General de la OEA, RES AG/2801 5/6/13.

12 Cfr. Res AG/2801 5/6/13.

13 Corte IDH, caso *Ruano Torres v. El Salvador*, párr. 158; caso *Martínez Coronado v. Guatemala*, párr. 84.

14 Res. OEA AG/RES 2821, 10/6/2014.

tes la oportunidad de ejercer su derecho de defensa -consagrado en el artículo 18 de la Constitución Nacional- con la amplitud que exige la garantía del debido proceso además de ser una ocasión en donde el Estado cumple su deber de informar a la persona respecto de sus derechos y obligaciones conforme lo establece el artículo 9 inc. a de la Ley N° 25.871¹⁵.

El procedimiento elegido por el Estado para llevar adelante la puesta en conocimiento (notificación) y participación de la persona dentro de un plazo determinado (emplazamiento) replica el mecanismo históricamente utilizado por la autoridad jurisdiccional; a saber, confección y firma de una cédula acompañada de copias, la cual, en este caso, es llevada por un representante de la autoridad migratoria hasta el domicilio denunciado por el migrante en el expediente administrativo o eventualmente en su lugar de detención. Excedería este trabajo avanzar sobre los múltiples recursos que la tecnología aporta para el aviso temprano de contribuyentes, consumidores o deudores en general, y que son utilizados tanto por el Estado como por empresas privadas, sin que ello importe la constitución en mora de sus deudas y que también podrían aplicarse como recordatorio para la persona migrante.

Ahora bien, lo que sí parece reñido con los bienes jurídicos que se tutelan -el bien común en primer lugar y, en segundo, la real posibilidad de defensa de la persona migrante- son las consecuencias que se derivan de la falta de respuesta a la diligencia de notificación. Sostener que a partir del silencio existe una conformidad con la decisión estatal de expulsión del país (efecto positivo del silencio o presunto consentimiento) es una extrapolación de las consecuencias que genera la falta de interés en el proceso dispositivo, que en modo alguno se puede sostener sin más, en una materia en la que están involucrados principios que aluden

a la dignidad de la persona humana que exigen una interpretación amplia de ese silencio. Aun aceptando el modo histórico de notificación en el proceso dispositivo, que es donde abrevia el criterio de dar por consentida la resolución a partir del silencio o inactividad procesal, es menester señalar que se debaten allí cuestiones patrimoniales o que comprometen intereses tutelados por el derecho privado. Dichas diligencias, además, son llevadas a cabo por oficiales públicos del poder jurisdiccional de naturaleza imparcial. Son muchas las diferencias entre ambos propósitos.

Ahora bien, cabe recordar que, más allá de los matices que algunos proponen, al derecho administrativo sancionador le caben las garantías propias del derecho penal en tanto participan ambos de la misma naturaleza punitiva estatal y, en ese sentido, de modo alguno puede pensarse que el silencio posterior a la notificación implique conformidad o un desinterés que debe ser sancionado¹⁶.

16 Corte IDH, caso *Baena Ricardo y otros vs. Panamá*, sentencia del 2/2/2001, párr.106:” En relación con lo anterior, conviene analizar si el artículo 9 de la Convención es aplicable a la materia sancionatoria administrativa, además de serlo, evidentemente, a la penal. Los términos utilizados en dicho precepto parecen referirse exclusivamente a esta última. Sin embargo, es preciso tomar en cuenta que las sanciones administrativas son, como las penales, una expresión del poder punitivo del Estado y que tienen, en ocasiones, naturaleza similar a la de éstas. Unas y otras implican menoscabo, privación o alteración de los derechos de las personas, como consecuencia de una conducta ilícita. Por lo tanto, en un sistema democrático es preciso extremar las precauciones para que dichas medidas se adopten con estricto respeto a los derechos básicos de las personas y previa una cuidadosa verificación de la efectiva existencia de la conducta ilícita. Asimismo, en aras de la seguridad jurídica es indispensable que la norma punitiva, sea penal o administrativa, exista y resulte conocida, o pueda serlo, antes de que ocurran la acción o la omisión que la contravienen y que se pretende sancionar. La calificación de un hecho como ilícito y la fijación de sus efectos jurídicos deben ser preexistentes a la conducta del sujeto al que se considera infractor. De lo contrario, los par-

15 Cfr. Fallos: 339:1436.

De hecho, si la notificación se libra al domicilio denunciado por la persona migrante damos por sentado que no ha existido representación letrada. A partir de esto no cabe darle ninguna consecuencia jurídica al silencio posterior y mucho menos una conformidad a una expulsión cuando el silencio no se compadece con la actividad anterior de la persona migrante (argumento derivado del artículo 263 del Código Civil y Comercial). Es el caso del Sr. U.S., a quien se le dio por consentida una orden de expulsión pese a su permanente colaboración previa al dictado del acto administrativo, lo cual daba cuenta de un innegable propósito de radicación.

Párrafo aparte merecen las diversas alternativas a la herramienta jurídica de la notificación personal. Así, de la pretendida notificación “en puerta” del domicilio o la leyenda de que se trata de una zona peligrosa u otras que existen en la práctica estatal –y que vician todo el procedimiento ulterior–, lo único fehaciente que se deriva es que la persona no ha recibido la información adecuada. En el caso del Sr. U.S., la persona acude años después a la sede de la autoridad migratoria y es retenida y expulsada en señal evidente de la falta de asesoramiento.

Observemos, en contraste, con qué rigor la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (Sala II) decide la nulidad de la notificación en un caso en que un notificador no cumplió las formas previstas en las disposiciones del organismo recaudador para avisar a un contribuyente¹⁷.

ticulares no podrían orientar su comportamiento conforme a un orden jurídico vigente y cierto, en el que se expresan el reproche social y las consecuencias de éste”.

17 Cfr. artículo 141 del CPCCN y 153 del Reglamento para la Organización y Funcionamiento de la Oficina de Notificaciones para la Justicia Nacional y Federal, aprobado por la Acordada CSJN 19/80, modificado por la Resolución CM N° 188/2007. Ver fallo Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala II, “Fernández Ramos”. 10/08/2021.

Sobre este aspecto, Gozaíni (2017, 428) recuerda el Caso *Elías Gattass Sahih*, en donde la CIDH, en su informe de admisibilidad, expresó que “la petición se refiere a una serie de aspectos relacionados con los derechos a las garantías judiciales del debido proceso de los ciudadanos extranjeros en los procesos de revocación de su estatus migratorio” para concluir en la posible violación al artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos a partir de la falta de notificación a la persona de la existencia del proceso administrativo en su contra. En el mismo sentido se expidió la Corte IDH, que sostuvo la necesidad de preservar el debido proceso en materia sancionatoria¹⁸.

Los principios aquí expuestos, en tanto aparezcan cumplidos en el procedimiento administrativo, garantizan que la gestión estatal pueda emitir un acto administrativo que contenga los elementos previstos en el artículo 7 de la Ley N° 19.549 y permita el adecuado ejercicio del derecho de defensa de la persona migrante.

II. La discrecionalidad en la decisión estatal

Es menester subrayar junto a García Pulles que “el procedimiento administrativo tiene por finalidad inmediata el dictado de un acto administrativo (originario o de revisión) y, por finalidad mediata primaria, el encauzamiento de las potestades administrativas hacia la realización del derecho y la procura del bien común”. Por esta razón, no resulta posible concebir la legitimidad de esa actividad sin el debido proceso adjetivo y la tutela administrativa efectiva (García Pulles 2020, 192; cita en este el fallo de la CSJN “Astorga Bracht”¹⁹).

18 Corte IDH, caso *Baena Ricardo y otros v. Panamá*, párr. 126.

19 Ver CSJN. “Astorga Bracht”. 14/10/2004. Fallos

En el caso del Sr. U.S., como hemos descrito más arriba, a la absoluta orfandad de defensa técnica se sumó que la actividad estatal tuvo en miras determinar la existencia del antecedente que le permitiera activar el mecanismo de expulsión. Esto, sin haberse interesado por determinar la existencia de las condiciones personales del Sr. U.S. que acaso hubieran podido abonar una decisión no solo fundada en un antecedente, sino, además, en pautas de proporcionalidad o razonabilidad.

En el procedimiento administrativo rige el principio de la verdad material²⁰. De allí que el ordenamiento jurídico tuitivo ponga a cargo de la Administración la prueba de los antecedentes del caso, aún en ausencia de la actividad de la parte a tal fin (García Pulles 2020, 209). Por esta razón, a la luz del principio de reunificación familiar que funda el régimen migratorio²¹, la determinación del cuadro familiar de una persona migrante constituye un aspecto insoslayable que compromete la legalidad del procedimiento previo al dictado del acto y que se agrava ante la falta de asistencia letrada de la persona, como hemos visto.

De allí que analizar el modo en que el Estado ejerce su voluntad discrecional en aquellos supuestos en donde sí se considera la realidad familiar de la persona migrante (a diferencia de lo ocurrido en el caso del Sr. U.S.) constituye un aspecto central. Por esa razón, la doctrina legal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación avanzó con algunas consideraciones de interés.

Los últimos fallos de la Corte Suprema de Justicia sobre la materia (“Barrios Rojas” y “Otoya Piedra”) son contestes –a través de la siempre dificultosa construcción de una

unanimidad fragmentada– en reconocer que el artículo 29 de la Ley N° 25.871 facultó a la Dirección Nacional de Migraciones, solo por razones humanitarias o de reunificación familiar, a dispensar excepcionalmente y de modo fundado una orden de expulsión. Asimismo, destacaron que esas razones resultan una excepción a la regla y, por lo tanto, deben ser interpretadas de modo restrictivo (véanse los considerandos 10 y 11 del voto del juez Rosenkrantz y la jueza Highton de Nolasco; 10 y 11 del voto de los jueces Maqueda y Lorenzetti; y 8 y 13 del voto del juez Rosatti).

Es dable advertir con énfasis que el rol protagónico que la Corte le otorga a la causal de impedimento de permanencia en el país (generalmente un antecedente penal). De todas maneras, su existencia no exime al Estado de realizar la ponderación de todas las circunstancias objetivas y subjetivas que componen la decisión de expulsar o no a una persona. Esta obligación estatal se fundamenta en la legalidad misma del proceder estatal, como principio de derecho público, y en el principio de unidad familiar de la Ley N° 25.871, que debe ser resguardado como principio del régimen migratorio.

Luis Cesarini ha dicho que “ha de colegirse que a mayor *imperium puniendi* atribuido a la autoridad administrativa, mayor debe ser el celo de ésta por demostrar que en el ejercicio de su poder sancionatorio obró correctamente”²². Agrega el autor que la discrecionalidad implica siempre el ejercicio de una opción entre alternativas más o menos justas. Y me permito agregar que, en materia migratoria, este aspecto necesariamente electivo (y valorativo) de la decisión discrecional no se concibe sin los aportes respecto de las circunstancias de vida de la persona que solo

327:4185.

20 Cfr. Ley N° 19.549, artículo 1 inc. f, apartado 2 en función del art. 7, inc. b y f.

21 Cfr. Ley N° 25.871, artículos 3 y 10.

22 Casarini, Luis E. 2012 “El control jurisdiccional de las sanciones administrativas” en Alonso Regueira, Enrique (Coord.) LA LEY, 2012, 1 LA LEY 2012-F, 1244.

aparecen garantizados con la comparecencia debidamente asistida de la persona en el marco del proceso de sanción administrativa. Dice Cassagne, en este mismo sentido, que “la Administración se encuentra obligada, bajo sanción de nulidad absoluta, a proporcionar las razones por las cuales optó por una decisión entre dos o más posibles”²³.

Me permito señalar que si la decisión estatal tomada con margen de discrecionalidad prescinde de la ponderación expresa de las circunstancias familiares que rodean a la persona se trata de una expresión derivada de la sola voluntad estatal y, por ende, susceptible de arbitrariedad. Obsérvese que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha puesto énfasis en señalar la relación entre el debido proceso legal y la necesidad de evitar márgenes inadecuados de discrecionalidad que pudieran fomentar prácticas arbitrarias y discriminatorias, tratándose de grupos signados por un estado de vulnerabilidad²⁴. En el mismo sentido, la Corte IDH, alertó sobre el uso de facultades discrecionales en materia migratoria²⁵.

Como se advertirá, la cuestión es de suma trascendencia. Así como se ha dicho que lo discrecional no puede ser irrazonable agregamos aquí que, sin la ponderación de la vida de la persona en concreto, lo discrecional se

transforma en arbitrario, lo cual puede dar cuenta de una práctica estatal discriminatoria.

Observemos que en el voto concurrente de la Dra. Highton de Nolasco y del Dr. Rosenkrantz en “Barrios Rojas” se desestima la mera existencia de una familia, la reinserción en la sociedad de Barrios Rojas, los diecisiete años transcurridos desde la condena, los vínculos familiares acreditados (pareja, padres, hijos mayores, sobrinos y nietos). Todo ello en razón de que en la Ley N° 25.871 los mismos no se hallan previstos expresamente como obstáculos a la expulsión.

Sin embargo, en relación a la necesaria ponderación del Estado de la realidad familiar, los votos concurrentes de los ministros Maqueda y Lorenzetti en el mismo fallo subrayan que la perturbación familiar que genera una deportación en los adultos (que tampoco está en la ley), no podrá ser considerada una injerencia arbitraria del Estado que vulnere el derecho a la protección familiar “si la orden de deportación se dictó con arreglo a derecho, en defensa de los legítimos intereses del Estado y *teniendo debidamente en cuenta las relaciones familiares del deportado*” (el subrayado es nuestro). Por estas razones, los jueces concluyen que no hubo infracción de los artículos 17 y 23 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos²⁶. Por su parte, en el voto concurrente del Dr. Rosatti expresamente se deja a salvo la plena aplicación en materia migratoria del interés superior del niño²⁷.

23 Cassagne Juan Carlos. 2008 “La prohibición de arbitrariedad y el control de discrecionalidad administrativa por el poder judicial” LA LEY. 2008, 1 • LA LEY 2008-E, 1274.

24 CIDH *Documento sobre Acceso a la Justicia como garantía de los Derechos Económicos Sociales y Culturales*, párr. 11 y 13. 2007.

25 Corte IDH, caso Baena Ricardo vs. Panamá párr.126:” En cualquier materia, inclusive en la laboral y la administrativa, la discrecionalidad de la administración tiene límites infranqueables, siendo uno de ellos el respeto de los derechos humanos. Es importante que la actuación de la administración se encuentre regulada, y ésta no puede invocar el orden público para reducir discrecionalmente las garantías de los administrados”.

26 CSJN, caso “Charles E. Stewart c. Canadá”, Comunicación No. 538/1993, párr. 12.10., Sentencia de noviembre de 1996.

27 CSJN in re Barrios Rojas: “corresponde tener presente que en esta causa la reunificación familiar invocada no incluye prioritariamente a menores de edad sino a personas adultas, por lo que no resulta aplicable de modo decisivo en autos la noción de interés superior del niño, reconocido por cláusulas de rango constitucional (artículo 75, inciso 23, de la Constitución Nacional), de jerarquía constitucional (artículo 3° de la Convención

Por otra parte, en el reciente fallo del 2 de agosto de 2022, la propia Corte Suprema sostuvo la necesidad de cotejar la realidad familiar toda vez que, acreditada la circunstancia sobreviniente del embarazo de la actora, encomendó que “la Dirección Nacional de Migraciones, antes de adoptar cualquier temperamento respecto de la situación migratoria de la actora deberá expedirse acerca de la circunstancia sobreviniente denunciada en esa sede con posterioridad al inicio de esta acción judicial”²⁸.

II.1. Ámbito de ejercicio de la discrecionalidad

Es necesario subrayar que los pronunciamientos mencionados en el apartado anterior se refieren exclusivamente a los supuestos de migrantes en condición irregular. Es decir, a aquellos cuya situación se encuentra regulada por el artículo 29 de la Ley N° 25.871²⁹. En el precedente “Barrios Rojas”, el voto conjunto de los Dres. Maqueda y Lorenzetti, expresamente distingue tres supuestos, que determinan distintas condiciones de la voluntad estatal, a saber, a) los extranjeros en situación irregular, en donde opera la discrecionalidad estatal al dispensar conforme al artículo 29 in fine; b) los extranjeros en situación regular, en

donde el Estado debe dispensar salvo resolución fundada conforme al artículo 62 in fine; c) la situación de los retenidos que alegaren ser padre, hijo o cónyuge de argentino nativo —siempre que el matrimonio se hubiese celebrado con anterioridad al hecho que motivara la resolución— Sobre estos supuestos, los magistrados interpretaron que el artículo mencionado dispone que la DNM “deberá suspender la expulsión y constatar la existencia del vínculo alegado en un plazo de cuarenta y ocho (48) horas hábiles...” y que, “[a]creditado que fuera el vínculo el extranjero recuperará en forma inmediata su libertad y se habilitará respecto del mismo, un procedimiento sumario de regularización migratoria”.

La distinción aparece fortalecida en el considerando 11 del mismo voto conjunto, en donde mencionan que “la mera existencia de un grupo familiar” resulta suficiente para otorgar la dispensa en los supuestos b) y c), quedando descartada la discrecionalidad estatal en estos supuestos.

Agregamos aquí los supuestos regulados por la versión de la Ley N° 25.871 modificada por el DNU70/2017, en donde el régimen legal le concede al Estado discrecionalidad a la hora de dispensar:

- d) aquellos migrantes que hayan incurrido en los incisos a), k) y m) del art. 29 de la Ley 25871 modificada por el D.N.U.70/2017.
- e) aquellos migrantes en situación regular o irregular con antecedentes por delitos cuyo máximo de condena no supere los tres años de prisión o sean culposos, y que hayan sido tratados bajo la Ley 25871 modificada por el D.N.U. 70/2017.

Es decir, en la versión modificada por el régimen de emergencia (hoy derogada, pero que sobrevive en los supuestos afectados por su aplicación), cuando la pena mayor prevista para el delito en cuestión superase los tres años, la autoridad no se hallaba facultada

de los Derechos del Niño, incorporada por el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional), de nivel legal (artículo 3° de la ley 26.061) y de naturaleza jurisprudencial” (doctrina de Fallos: 318:1269; 322:2701, doct. Fallos: 342:459, voto del juez Rosatti”).

28 CSJN, in re “Condor Ponce, Silvia Haydeé c/ EN – M Interior OP y V – DNM s/ recurso directo DNM”, 2022.

29 Considerando 8°: “El texto de la ley 25.871 regula el derecho de reunificación familiar. El legislador fijó reglas diferentes para la concesión de ese derecho de acuerdo con las circunstancias de cada caso. Como se verá, cada una de esas reglas otorga diferentes facultades a la autoridad migratoria a la hora de evaluar un pedido de reunificación familiar”.

da para dispensar por razones de reunificación familiar o razones humanitarias, con lo cual ninguna discrecionalidad pudo haberse ejercido allí. De ahí su intrínseca inconstitucionalidad, sin perjuicio que su aplicación –a partir de su derogación– violenta la garantía de la ley más benigna de plena aplicación al derecho administrativo sancionador.

III. La revisión judicial

Interesa recalcar aquí que la protección judicial de las personas migrantes establecida en el artículo 89 de la Ley N° 25.871 y los artículos 8 y 25 de la Convención Americana depende, en cuanto a su efectividad, del alcance de la revisión judicial. Es decir, depende de la medida en que el poder judicial ingrese a valorar la decisión estatal, cuestión que como se observa en los fallos de la Corte mencionados (“Barrios Rojas y “Otoya Piedra”) dista de ser una cuestión pacífica en tanto involucra distintas esferas del poder estatal.

Hemos intentado demostrar hasta aquí que la autoridad migratoria debe tener a la vista y en consideración la realidad de la persona humana que en modo alguno puede estar ausente del proceso en donde se determinan sus derechos, y de ese modo, decidir con perspectiva de los derechos humanos involucrados. Otros verán en esa consideración de la persona humana una condición de legalidad del acto administrativo, un modo de cumplir con recaudos de forma para repeler eventuales impugnaciones al proceder estatal.

De allí que el riesgo permanente de las personas migrantes sea que la actuación estatal adopte una forma de consideración aparente, es decir un comportamiento legítimo desde el punto de vista formal pero que dé cuenta de un proceder automático del Estado.

En este sentido es que la revisión judicial se yergue como una garantía insoslayable en materia migratoria, con un control judicial que

debe ser intenso. El artículo 89 de la ley 25.871 si bien circunscribe el control jurisdiccional a tres aspectos (legalidad, defensa en juicio y razonabilidad), en modo alguno establece límites a la profundidad de la revisión. Ello, por un lado, abre posibilidades al contenido mismo de la acción judicial de revisión de un acto administrativo discrecional. Por otro lado, condiciona la tarea del juez dado que no es dable pensar en una revisión suficiente si la mirada judicial se detiene y se excusa de ingresar a la motivación o a la finalidad del acto que deniega una dispensa, en base a que resulta un acto discrecional del Estado.

Al respecto existe consenso en cuanto a que la revisión del poder jurisdiccional abarca, por un lado, los elementos reglados del acto (a saber: competencia, objeto, finalidad y forma³⁰) y, por otro, el examen de su razonabilidad o la ausencia de arbitrariedad. Sin embargo, afirma García Pulles (2020,163) que la proporcionalidad no es un mero criterio para el control de mérito u oportunidad, desconectado del control de legalidad que corresponde a la jurisdicción, toda vez que la proporcionalidad entre la decisión y su finalidad está expresamente prevista en el artículo 7 inc. F de la Ley N° 19.549.

Tal como expresa Coviello³¹, en materia administrativa el principio de razonabilidad constituye el paradigma en materia de control de la discrecionalidad que “el juicio de razonabilidad es muchas veces el último remedio para purgar las decisiones arbitrarias de los poderes públicos que afectan a los administrados”³².

30 Cfr. Ley N° 19.549, artículo 7.

31 Coviello, Pedro J. “El principio de proporcionalidad en el procedimiento administrativo”, Revista Derecho PUCP, nro. 67, ps. 139-153 <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/3009/3511> 31 de julio de 2020).

32 CSJN in re “Industrias Maderera Lanin”: “[L]a cir-

Cabe tener en cuenta que, la Corte Suprema en “Barrios Rojas” da cuenta de criterios con virtualidad suficiente para juzgar la razonabilidad de lo decidido, tales como la presencia de niños (voto del Dr. Rosatti) o un singular desamparo o grado de dependencia de los adultos (Dres. Maqueda y Lorenzetti).

En relación a ello, existen desarrollos en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos que han sistematizado la jurisprudencia de los organismos internacionales en base también a las realidades de la región y que –a partir de la labor de la CIDH-, se han elevado al rango de estándares de dicho organismo para la solución de cuestiones vinculadas a la expulsión y al principio de unidad familiar³³. Estos no han sido tomados en cuenta por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los dos fallos ya citados.

III.1. La medida cautelar de retención

Si la cuestión del análisis de razonabilidad convoca al poder jurisdiccional a ejercer el debido control en aquellos supuestos en donde la persona migrante ha logrado desplegar su realidad familiar o de salud o de arraigo, pensemos la importancia que puede tener ejercer dicho control en otros supuestos. En particular, en aquellos en los que la pretensión estatal consiste en lograr la retención

cunstancia de que la administración obrase en ejercicio de facultades discrecionales, en manera alguna puede aquí constituir un justificativo de su conducta arbitraria; puesto que es precisamente la razonabilidad con que se ejercen tales facultades, el principio que otorga validez a los actos de los órganos del Estado y que permite a los jueces, ante planteos concretos de parte interesada, verificar el cumplimiento de dicha exigencia” (Fallos 298:223).

33 Cfr. CIDH *Derechos humanos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazados internos: Normas y Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 46/15 31 diciembre 2015.

con fines de deportación de la persona en los términos del artículo 70 de la Ley N° 25.871 luego de un procedimiento administrativo llevado a cabo en ausencia de la persona.

Me refiero concretamente a los supuestos –como el que hemos descripto en este trabajo relativo al Señor U.S.- en donde ha existido una ausencia de defensa de la persona migrante en la etapa previa al dictado de la expulsión y una ausencia de la persona en la etapa impugnativa. Piénsese en la labor del juez o de la jueza que debe ordenar la retención y, como toda medida cautelar, solo cuenta con la versión de la autoridad migratoria y el soporte documental que se le adjunte.

Pensemos por otra parte que, en muchas ocasiones, la persona –en estado de total vulnerabilidad y falta de información– acude a la sede de la autoridad migratoria a renovar su residencia precaria, sin saber (evidentemente) que sobre su situación pesa una orden de expulsión firme y que, mientras ha ido renovando su residencia precaria, el Estado está intentando lograr la orden de retención, por lo que, si no es en esta oportunidad, en la próxima ocasión que se presente será retenida y deportada. Este dato puede o no estar en la copia del expediente administrativo que integra la documental de la medida cautelar. De allí la labor decisiva del poder jurisdiccional en el tratamiento de estas medidas, en tanto se constituye en el último garante de las condiciones de legitimidad del acto.

La Comisión Interamericana ha indicado que los procedimientos que pueden resultar en la expulsión o deportación de una persona involucran determinaciones sobre derechos fundamentales, lo que exige la interpretación más amplia posible del derecho al debido proceso³⁴.

34 CIDH, Informe No. 49/99. Caso 11.610. Loren Laroye Riebe Star, Jorge Barón Guttlein y Rodolfo Izal Elorz (México). 13 de abril de 1999, párr. 70.

A partir de las consideraciones vertidas, hay algunas precisiones que es necesario resaltar:

- a. La orden de retención resulta prematura si la orden de expulsión se debate en sede judicial al momento de la resolución de la cautelar³⁵.
- b. Según lo dispuesto por el artículo 70 de la Ley N° 25.871 existe en esta situación jurídica una última oportunidad de conocer la realidad familiar de la persona migrante. Nuevamente, se replican aquí las garantías que hemos descripto respecto de la obligación de la autoridad de informar su finalidad de realizar el derecho y el derecho a ser oído por parte de la persona retenida. Esto, dado que, en caso que aparezcan vínculos desconocidos por la autoridad migratoria, y una vez acreditados los mismos, debe suspenderse la medida, otorgar la libertad e iniciarse un trámite de regularización migratoria. En este sentido el voto del Dr. Rosenkrantz en los fallos “Barrios Rojas”, “Otoya Piedra” y “Condor Ponce” da cuenta de esta instancia final, que como vemos actúa como un mandato para la autoridad y atraviesa de modo transversal y sin distinción, cualquier condición migratoria.
- c. La garantía de asistencia letrada en esta situación jurídica deriva del propio artículo 86 de la Ley N° 25.871 y su reglamentación que, sin distinguir etapas, ordena la intervención de la defensa pública ante cualquier planteo de la persona migrante.

De allí que los principios que hemos recordado deben cumplimentarse en debida forma de modo de evitar el escándalo jurídico que implica la deportación de quien es captado en estado de sorpresa y en plena desinformación y vulnerabilidad.

IV. Conclusiones

A modo de resumen, podemos concluir los siguientes puntos más relevantes que se derivan del presente trabajo.

1. Según la Ley N° 25.871, para que el procedimiento administrativo en donde se determine la situación de una persona en contexto de movilidad cumpla su finalidad de realizar el derecho, aquél debe contener la participación necesaria de la persona con las garantías de asistencia letrada.
2. La defensa pública es autónoma, libre de injerencias y de control por parte de los otros poderes del Estado.
3. El silencio posterior de la persona migrante al acto de notificación de la medida de expulsión del país no puede ser interpretado como conformidad con la sanción.
4. La discrecionalidad estatal a la hora de dispensar se aplica a los supuestos de personas en situación irregular en los términos de la Ley 25.871.
5. La falta de razonabilidad de la medida tiene más potencial como argumento de impugnación que la falta de motivación del acto, según los votos concurrentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.
6. El juez o la jueza que debe resolver la retención de la persona, en supuestos en donde no existió asistencia letrada, es el único (y último) garante de la validez del procedimiento y debe velar por la legalidad del acto, del debido proceso y de la razonabilidad.
7. La jueza o el juez debe velar por el derecho a ser oído de la persona ya retenida a los fines del trámite de regularización del artículo 70 de la Ley N° 25.871.

³⁵ Cfr. CSJN. “Vidal”. 26/4/2022.

Bibliografía

Casarini, Luis E. 2012. “El control jurisdiccional de las sanciones administrativas” Alonso Regueira, Enrique (Coord.) LA LEY 07/12/2012, 1. LA LEY 2012-F, 1244.

Cassagne Juan Carlos. 2008. *La prohibición de arbitrariedad y el control de discrecionalidad administrativa por el poder judicial* LA LEY 29/09/2008, 1. LA LEY 2008-E, 1274.

Coviello, Pedro José Jorge. El principio de proporcionalidad en el procedimiento administrativo, Revista Derecho PUCP, N°67 p. 139-153, <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/3009/3511> 31 de julio de 2020.

García Pullés, Fernando. 2020. *Principios del Derecho Administrativo Sancionador*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Gozáini, Osvaldo A. 2017. *El debido proceso: estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Santa Fe. Rubinzal Culzoni.

Hutchinson, Tomás. 2006. *Régimen de Procedimientos Administrativos* Ley 19.549 8va.edición. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Astrea.

Martínez, Silvia Edith. 2021. Jornada “Defensa Pública y Corte Interamericana de Derechos Humanos”, organizado conjuntamente por la ADEPU y la Corte IDH, que se llevó a cabo de manera virtual los días 20 y 25 de octubre de 2021.

El derecho a la vida familiar de las hijas e hijos de personas migrantes y el rol del Ministerio Público de la Defensa

Florencia G. Plazas

Defensora Pública Oficial ante los Tribunales Federales de CABA.

I. Introducción

Hace muchos años que las defensorías de menores del Ministerio Público de la Defensa intervienen, o intentar hacerlo, en aquellos casos en los que se revisan judicialmente las órdenes de expulsión de personas migrantes que cuentan con hijos y/o hijas en el país, dictadas por la Dirección Nacional de Migraciones (DNM).

Sin embargo, en el último tiempo se ha consolidado una jurisprudencia que limita, y en la mayoría de los casos excluye, la participación de las defensorías de menores en este tipo de procesos. Fue en el año 2016, a partir del fallo “Chávez Ruiz”, dictado por la Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, que comenzó a gestarse con mayor fuerza esta jurisprudencia restrictiva. Con el tiempo, esta postura se fue extendiendo a otras salas y juzgados de primera instancia del fuero en lo contencioso administrativo federal.

En el presente trabajo se analizará el rol que las defensorías de menores pueden cumplir en este tipo de casos, describiendo el trabajo que realizan en un caso en concreto. También se describirán algunas decisiones judiciales en las que la información y argumentos aportados por la defensoría de menores

resultaron fundamentales para revocar judicialmente la expulsión de la persona migrante y de esta forma garantizar el derecho a la protección de la vida familiar de sus hijos e hijas.

Siguiendo esta línea de estudio, se analizará la jurisprudencia relativa al tipo de participación que tienen, o deberían tener, las defensorías de menores.

Por último, se hará un repaso de la reciente jurisprudencia en la materia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

II. El trabajo de la defensoría de menores en la revisión judicial de las expulsiones

Cuando los tribunales propician a través de una vista la participación de la defensoría de menores en este tipo de casos se analiza la situación en concreto del niño, niña o adolescente y de su grupo familiar. Se hace especial foco en los perjuicios y la afectación de derechos que podría generar la expulsión de su progenitor/a.

En general, la mera separación del niño, niña o adolescente de su padre o madre acarreará la afectación de su derecho a la vida familiar o a la protección de la unidad familiar (arts. 11 y 17 CADH, arts. 17 y 23 del PIDCP, art. 10 PIDESC). Al respecto, la Convención de los Derechos de Niño específicamente reconoce su derecho a no ser separados de sus padres salvo en aquellas situaciones en las que judicialmente se verifique que la medida es necesaria para preservar su interés superior (art. 9 CDN).

Casi en la totalidad de los casos, exceptuando aquellas situaciones en las que ha quedado evidenciado que la persona adulta con orden de expulsión cometió un delito o una acción cuya víctima ha sido el niño, niña o adolescente en cuyo interés está interviniendo la defensoría, se parte de la premisa de que siempre es más beneficioso vivir cerca de su

progenitor/a. Es por ello que casi en la totalidad de los casos las defensorías de menores presentan argumentaciones más del tipo dogmático, con fundamentación en el derecho internacional de los derechos humanos, en las que se propone una ponderación de los derechos y normas en juego en las que se hace primar el interés superior del niño/a involucrado y su derecho a vivir con su progenitor/a. Se sopesa el derecho a vivir en familia y los vínculos afectivos y económicos que existen entre el niño, niña y/o adolescente y la persona a quien se pretende expulsar.

En determinados casos, se puede lograr un contacto con el grupo familiar afectado y conocer la vida y dinámica cotidiana familiar de manera más detallada para acercar al expediente información que debería ser tenida en cuenta para la resolución del caso. Por ejemplo, se puede ahondar en la relación afectiva entre la persona menor de edad y el adulto involucrado, las particularidades de ese vínculo, las actividades de la vida cotidiana que realizan conjuntamente, etc. También, en la mayoría de los casos, se puede hacer foco en el aporte económico de la persona que se pretende expulsar para cubrir las necesidades básicas del grupo familiar.

En algunos otros casos, la expulsión del adulto puede representar la posibilidad de que el niño o niña afectada/o quede sin un adulto referente o responsable que lo proteja y continúe ejerciendo la responsabilidad parental. En estos casos de extrema gravedad deviene muy relevante el rol que la defensoría de menores pueda jugar. Es importante que esta circunstancia sea especialmente señalada y que se sopesa en cada una de las argumentaciones jurídicas que se realicen. También en estos casos se suele analizar las consecuencias que podría acarrear el traslado del niño/a conjuntamente con su madre o padre al país extranjero al que éste será expulsado. Se trabaja sobre la afectación de los derechos de ese

niño o niña y el desarraigo que podría sufrir si es separado de lo que constituye su centro de vida. Para ello, será necesario ahondar e introducir en el expediente judicial información relativa a su escolaridad, actividades extracurriculares, sus vínculos sociales más allá de los familiares, entre otras cuestiones.

En algún caso en particular, el niño o niña involucrado puede presentar alguna enfermedad o ser una persona con discapacidad que se encuentre sometido a algún tipo de tratamiento o atención médica o interdisciplinaria que pueda verse afectada si su madre o padre es expulsado/a. En estos casos deberá asegurarse que esta información se presente en el expediente para que pueda ser utilizado para persuadir al órgano decisor al momento de analizar la dispensa solicitada.

Existen diferentes formas de trabajar cada caso para producir ese material probatorio relevante. Por lo general, se intenta tomar contacto, cuando ello resulta posible, con la madre o padre del niño/a para conocer la situación en la que se encuentra ese grupo familiar. En aquellos casos en los que están en juego los derechos de un/a adolescente y se constata que está al tanto de la posible expulsión, se explora la posibilidad de mantener una entrevista en la sede de la defensoría. Por lo general, se hace constar en un acta las manifestaciones realizadas para luego aportarlas al caso judicial. Esta es una forma de hacer valer el derecho a ser oído del niño, niña o adolescente involucrado ya que en la mayoría de los casos los tribunales no celebran audiencias con la participación de personas menores de edad. Además, en muchas ocasiones es el niño/a o adolescente o su progenitor/a quienes prefieren no acudir a una audiencia formal ante el órgano jurisdiccional y priorizan una entrevista realizada en un espacio más cálido y cuidado como el que se intenta garantizar desde la defensoría de menores.

En el caso de que se trate de una niña o un

niño de muy corta edad, o que siendo adolescente no está al tanto del proceso de expulsión, se intenta tomar contacto directo y realizar un encuentro personal, telefónico o por video llamada con algún adulto que conozca la situación y dinámica de ese grupo familiar, que en la mayoría de los casos se trata de la mamá del niño/a. Otras veces, por ejemplo en casos de hogares monoparentales, puede darse que un/a abuelo/a u otro familiar o vecino/a, que colabore con la dinámica de ese grupo familiar, pueda constituirse en una fuente de información trascendente para conocer y aportar particularidades de la vida cotidiana y organización de ese grupo familiar afectado.

Ya desde el contacto inicial se intenta recolectar documentación que pueda resultar útil: constancias de escolaridad, informes médicos, historias clínicas, constancias de actividades extracurriculares, etc. También, en ciertas ocasiones, se solicita este tipo de información a través de oficios dirigidos a algún organismo público.

En algunos casos especiales, en los que se evalúa que un informe social puede introducir información y detallar características especiales de la situación que atraviesa esa niña o niño, se solicita su confección al Programa de Atención a las Problemáticas Sociales y Relaciones con la Comunidad de la Defensoría General de la Nación. En situaciones especiales, se involucran otras áreas de la Defensoría y el informe se elabora de manera conjunta e interdisciplinaria entre trabajadoras sociales y psicólogas. A veces ocurre, cuando el patrocinio jurídico de la persona adulta es ejercido por la Comisión del Migrante de la Defensoría General de la Nación, que un informe social ya ha sido aportado en algún momento procesal previo a que se de intervención a la defensoría de menores. En esas circunstancias, se utiliza esa información ya aportada para elaborar el dictamen.

Por lo general, a pesar de tratarse de un in-

forme elaborado por un equipo profesional del propio Ministerio Público de la Defensa, las conclusiones a las que se arriba y la información que allí se detalla resultan muy valiosas para los órganos jurisdiccionales y son usados para fundar sus decisiones en aquellos pocos casos en los que revocan la expulsión dictada por la Dirección Nacional de Migraciones por razones de “reunificación familiar”. Por ello, deviene relevante utilizar todas las circunstancias que el caso presenta para argumentar y persuadir a jueces y juezas para que hagan primar el interés superior de las personas menores de edad en cuyo interés participa la defensoría de menores en el proceso.

II.1. Algunas experiencias

En el caso “Navarro Godoy”¹ la actuación de la defensoría de menores, propiciada como excepción por la propia Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, aportó información decisiva para que prime el derecho a la vida familiar de una niña con discapacidad cuyo padre iba a ser expulsado.

Durante el trámite del caso, se documentó la discapacidad que padecía la niña a través del Certificado de Discapacidad. También se aportó un resumen de su historia clínica, los últimos análisis que se le habían realizado, así como un certificado médico emitido por su pediatra. Además, se introdujo un acta en la que constaba la entrevista mantenida con su madre en la defensoría, de donde surgía información sobre la dinámica familiar, las terapias que realizaba la niña y la atención médica periódica que recibía. El informe social introducido sirvió para aseverar que la niña no podría recibir la misma atención médica en caso de tener que irse a vivir a Paraguay. La

profesional interviniente advirtió que “el regreso forzado del asistido a Paraguay tendría un especial impacto en su hija menor, quien quedaría expuesta a una situación de desamparo, tanto en términos afectivos, como materiales y habitacionales, que condicionarían además la continuidad de su atención sanitaria y su desarrollo evolutivo”.

La defensoría de menores hizo hincapié, en su dictamen, en los derechos que se verían afectados, con especial énfasis en la discapacidad que padecía la niña y en la consideración primordial de su interés superior que la Convención sobre los Derechos del Niño impone a toda autoridad pública. También se argumentó sobre los diversos estándares en materia de derecho internacional de los derechos humanos que resultaban aplicables a las circunstancias que presentaba el caso.

La Sala I consideró, por mayoría, que las circunstancias especiales del caso requerían que se examinara la controversia teniendo especialmente en cuenta el interés superior de la niña involucrada. Para adoptar su decisión, destacó algunas de las manifestaciones realizadas por su madre que habían sido aportadas por la defensoría de menores, especialmente aquellas donde surgía que de confirmarse la expulsión del padre, el núcleo familiar perdería la cobertura de salud dada por la afiliación a una obra social en razón del trabajo en relación de dependencia del padre. Además, se reseñaron aquellas manifestaciones en las que la madre aseveraba que ella no podía trabajar y sostener económicamente al grupo familiar dada la alta demanda que le requerían las tareas de cuidado de la niña.

Finalmente, por mayoría, la Sala I decidió que la Dirección Nacional de Migraciones no se había expedido sobre el grado de afectación y vulnerabilidad que la medida podría provocar en la niña. Concretamente sostuvo que: “en efecto, no ha tenido en cuenta: a) la corta edad y los problemas de

¹ CAF, Sala I, “Navarro Godoy, Basilio c// EN-M Interior OP Y V-DNM s/Recurso directo- DNM”, del 8/9/2020.

salud de la niña; y b) que el padre es su único sostén económico y que gracias a su trabajo ella tiene hogar y obra social”. Por ello, decidió revocar la sentencia de primera instancia y remitir el expediente a la Dirección Nacional de Migraciones a fin de que adopte una nueva decisión de acuerdo con los lineamientos dispuestos en la resolución judicial.

Nótese que a pesar de encontrarse en juego el derecho de otros niños, también hijos del migrante, el análisis y la decisión de fondo se basó en la situación de discapacidad y los requerimientos médicos que la expulsión del migrante le ocasionaría a la niña con discapacidad.

Recientemente, esta decisión quedó firme a partir del fallo de la Corte Suprema² que por mayoría rechazó el recurso extraordinario interpuesto por la Dirección Nacional de Migraciones. La Corte sostuvo que el recurso interpuesto “(...) no rebate todos y cada uno de los fundamentos de la sentencia apelada”. Por su parte, el juez Rosenkrantz decidió que el recurso interpuesto resultaba inadmisibles (art. 280 CPCCN).

Otro ejemplo del trabajo de las defensorías de menores lo constituye “Fernández Barreto”³. En este caso se revisó la expulsión de un migrante, padre de cinco niñas argentinas, una de ellas portadora de HIV. Quedó plasmado en el expediente a través de un informe social aportado por la Comisión del Migrante, que ejercía el patrocinio del adulto, que las niñas dependían afectiva y económicamente de su padre ya que la madre había sido excluida del hogar por haberse dispuesto una prohibición de acercamiento. La Sala V entendió que la Dirección Nacional de Migraciones había utilizado fórmulas genéricas y abstractas para denegar el pedido de dispensa

por razones familiares realizado por el migrante. Haciendo lugar a lo peticionado por la defensa técnica y la defensoría de menores, consideró que la Dirección Nacional de Migraciones debió haber examinado las particularidades que presentaba el caso y analizado el grado de afectación al interés superior de las niñas y adolescentes afectadas por la medida expulsiva. Hizo especial hincapié en que tanto el migrante como una de sus hijas requerían atención médica periódica que estaban recibiendo en el Hospital Público Luciano y Mariano de la Vega.

III. La exclusión de las defensorías de menores del proceso

En el caso “Chávez Ruiz”⁴ la Sala IV decidió que había sido mal concedido el recurso de apelación interpuesto por la defensoría de menores contra la sentencia que había confirmado la orden de expulsión de una persona migrante padre de dos niñas por las que había asumido la intervención en los términos del art. 103 del CCyCN.

Entre los argumentos que brindó expuso que la circunstancia de que el migrante “tuviese hijas menores no [“basta”] para concluir que era obligatoria la intervención del Defensor Público de Menores en los términos del art. 103 CCyCN, toda vez que aquéllas no revestían per se la condición de partes del proceso”. Además, sostuvo que “(...) el marco normativo aplicable al caso (ley 25.871) no prevé la participación necesaria de los hijos menores del interesado ni que posean una pretensión autónoma para oponerse a la validez del acto que declara irregular la permanencia de su padre y ordena su expulsión”.

Asimismo, agregó que “los intereses de

2 CSJN, “Navarro Godoy c/ EN – M Interior OP y V - DNM s/ recurso directo DNM”, del 27/9/22.

3 CAF, Sala V, “Fernandez Barreto y otro c/EN – M Interior OP y V - DNM s/ recurso directo DNM”, del 27/8/19.

4 CAF, Sala IV, “Chávez Ruiz c/ EN-M Interior OP Y V-DNM s/Recurso directo- DNM”, resoluciones del 1/12/16 y del 27/6/17.

las menores se ven amparados en el derecho de reunificación familiar consagrado a todo migrante (arts. 3º, inc. 3º, 10 y 29 de la ley 25.871) que, en el caso, fue oportunamente alegado por el Defensor Público Oficial y tratado por la a quo”. Y reafirmó que: “(...) los intereses de las menores, que no son parte, se encuentran resguardados por la actuación de su progenitor, representado por el Defensor Público Oficial. Máxime, cuando no ha sido alegado que tuviesen pretensiones diferentes o contrapuestas a las del demandante (...)”.

Esta resolución de la Sala IV comenzó a replicarse en el resto de las salas que conforman la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, con excepción de la Sala V, y en varios de los juzgados de primera instancia.

La Sala I en la causa “Lara Chiquillan”⁵ indicó que “en el marco de las normas aplicables, los menores no revisten per se la condición de parte autónoma y sus intereses, en el caso, se hallan suficientemente tutelados”.

En igual sentido se expidió la Sala II. Así, por ejemplo, en un caso reciente (“Bogado Brizuela”⁶), continuó con la postura adoptada en el año 2017 en el caso “Vallejos Orellana”⁷ sostuvo que la circunstancia de que el actor tuviese hijos menores de edad,

(...) no bastaba para reconocerle a éstos la condición de parte del proceso, máxime, cuando no se ha argüido y menos aún acreditado, que tuviesen pretensiones diferentes o contrapuestas a las del demandante -que justificase la intervención particular e

5 CAF, Sala I, “Lara Chiquillan c/ EN-M Interior OP Y V-DNM s/Recurso directo- DNM”, del 23/8/18.

6 CAF, Sala II, “Bogado Brizuela c/ EN-M Interior OP Y V-DNM s/Recurso directo- DNM”, del 29/12/2020.

7 CAF, Sala II, “Vallejos Orellana c/ E.N-M Interior – DNM – Resol. 256/12 – Expte. 219333/09 y otro s/ Recurso directo DNM”, del 2/11/2017.

independiente de su representante-, razón por la cual, no corresponde reconocerle legitimación procesal ni sustancial para recurrir la sentencia de grado.

También la Sala III adoptó el mismo temperamento. Así, puede mencionarse el caso “Chaure Hipólito”⁸, en el que, reafirmando su postura previa, dispuso que

(...) en reiteradas oportunidades se ha puesto de resalto que la circunstancia que el migrante tuviese hijos menores (en el caso, una hija y cinco nietos) no basta para concluir que resultara obligatoria la intervención del Defensor Público de Menores e Incapaces en los términos del artículo 103 del Código Civil y Comercial de la Nación, toda vez que éstos no revisten per se la condición de parte del proceso.

Al igual que lo decidido por la Sala IV en “Chávez Ruiz”, la Sala III destacó que

(...) el marco normativo aplicable al caso (Ley N° 25.871) no prevé la participación necesaria de los hijos menores del interesado, ni que aquéllos posean una pretensión autónoma para oponerse a la validez del acto que declara irregular la permanencia de su padre y ordena su expulsión. Ello es así porque los intereses de los menores se ven amparados en el derecho de reunificación familiar consagrado al migrante en la Ley N° 25.871, que ha sido invocado por el Defensor Público Oficial.

En una postura solitaria, la Sala V promueve la intervención de las defensorías de menores y les da intervención en esa instancia en aquellos casos en los que los tribunales inferiores la han omitido. Asimismo, da trámite a aquellos recursos de apelación que

8 CAF, Sala III, “Chaure Hipolito c/ EN-M INTERIOR OP Y V-DNM s/ Recurso Directo DNM”, del 16/12/20.

han sido interpuestos por las defensorías de menores sin cuestionar su legitimación procesal para hacerlo.

En algunas oportunidades consideradas excepcionales, la Sala I ha decidido dejar de lado su postura restrictiva y dar intervención a la defensoría de menores durante el trámite del proceso en Cámara. Así, en el ya tratado caso “Navarro Godoy”, por mayoría, decidió que ante la especial situación que se presentaba, que involucraba los derechos de una niña con discapacidad, se debía remitir el expediente a la defensoría de menores en los términos del art. 103 inc. a del CCyCN. Expresamente la Sala I manifestó:

Que las particulares circunstancias del caso involucran cuestiones que atañen, indudablemente, a la tutela de personas menores de edad —una de las cuales sufre una discapacidad— que podrían resultar afectadas por la sentencia que debe dictar este tribunal en el recurso judicial directo promovido por su padre. Por tanto, con carácter previo a resolver, en uso de las facultades conferidas por el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, el tribunal, por mayoría, RESUELVE: remitir las presentes actuaciones en vista a la Defensora Pública de Menores e Incapaces, por el término de cinco días, en los términos del artículo 103, inciso “a”, del Código Civil y Comercial de la Nación, a los efectos que estime corresponder.

Ante la vista concedida, la defensoría de menores optó por notificarse de la sentencia adversa de primera instancia e interponer un recurso de apelación. Asimismo, en dicha instancia introdujo información y documentación relevante para el caso. En la decisión del fondo se hizo lugar al recurso de apelación interpuesto y se revocó la sentencia impugnada.

Este caso constituyó una excepción en la que

la Sala I se apartó de su postura restrictiva y le otorgó a la defensoría de menores legitimación no sólo para dictaminar sino también para participar con calidad de parte en el proceso y recurrir la decisión de primera instancia.

Como se observa, la postura mayoritaria considera que las defensorías de menores no deben intervenir en este tipo de procesos pues los intereses de los niños, niñas y adolescentes pueden ser resguardados a través de las peticiones que realice en el proceso el migrante con orden de expulsión. No se avizora que las defensorías de menores, desde la óptica de la persona menor de edad y haciendo énfasis en su interés superior, puedan participar en el proceso para introducir información y argumentos relevantes al momento de ponderar los derechos en juego y adoptar una decisión judicial.

En algunas ocasiones, se reconoce la participación de las defensorías de menores para emitir un dictamen pero su actuación se limita a eso, sin reconocérsele facultades para impugnar decisiones.

En otras muy escasas oportunidades, como ocurrió en “Navarro Godoy”, se da intervención a la defensoría de menores con amplias facultades procesales cuando la propia Cámara evalúa las circunstancias del caso y lo considera pertinente.

Hasta el momento, la Corte Suprema de Justicia de la Nación no se ha expedido sobre este asunto en particular. Ha dictado varios fallos declarando inadmisibles (art. 280 CPPCN) los recursos extraordinarios en los que las defensorías de menores se agraviaban por su falta de intervención en el caso o la imposibilidad de recurrir las decisiones. Además, tiene aún varios recursos de queja pendientes de resolución.

Sin embargo, debe destacarse que en todos los casos en que la CSJN debe resolver un caso que involucra los derechos de una persona migrante que tiene hijos y/o hijas, le otorga una vista a la Defensora General de la Nación,

en su calidad de Defensora de Menores ante la Corte Suprema, para que emita un dictamen previo a adoptar su decisión. Así, aún sin resolver un recurso en el que se presente un agravio específico sobre el tema, debe destacarse que la Corte sienta postura al establecer que la participación de la defensoría de menores debe estar asegurada como acto previo a su adopción de una decisión en el caso.

En un reciente caso, “Bianchi Fabre”⁹, en el que se planteó como agravio federal la falta de participación de la defensoría de menores a lo largo del proceso, se declaró inadmisibles el recurso extraordinario. Sin embargo, el juez Rosenkrantz emitió un muy breve voto por separado. En apenas unas líneas destacó que “(...) no puede obviarse que en forma previa a resolver esta Corte ha dado intervención a la Defensoría General de la Nación y que el señor Defensor General adjunto asumió la representación de las menores (ver providencia de fs. 31 y presentación digital del 15 de septiembre de 2020)”. Y por ello concluyó que “(...) los agravios que se plantean en el recurso extraordinario cuya denegatoria da lugar a la presente queja, por el momento, resultan insustanciales (artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación)”.

Debe destacarse que Rosenkrantz sostuvo que los agravios federales planteados, uno de los cuales era la falta de participación de la defensoría de menores, resultaban insustanciales. Por su parte, la mayoría no se expidió en ningún sentido respecto a ellos, sino que simplemente declaró inadmisibles el recurso extraordinario. Entiendo que el voto separado de este ministro deja entrever su postura sobre el tema ya que pone de resalto que la participación de la defensoría de menores se ha asegurado durante el trámite del caso en

la Corte Suprema. Ello, sumado a considerar insustancial el agravio a este tema referido, podría permitir arribar a la conclusión de que cualquier omisión en las instancias previas ha quedado saneada con la emisión de un dictamen en esa instancia en los términos del art. 103 CCyCN.

Una primera conclusión a partir del análisis de todas las resoluciones judiciales hasta aquí referidas permite aseverar que aún aquellas posturas extremadamente restrictivas -que impiden la participación, aunque sea solo para emitir un dictamen-, ceden cuando el órgano jurisdiccional advierte alguna circunstancia especial del caso y considera necesaria la intervención del Ministerio Público en los términos del art. 103 CCyCN. Sin embargo, no puede dejar de señalarse que queda a criterio del órgano jurisdiccional cuáles casos son “especiales” y se sujeta el sistema de protección creado legalmente para resguardar judicialmente a las personas menores de edad al arbitrio judicial a pesar de que el art. 103 del CCyCN especifica que la actuación complementaria debe darse en todos los procesos en los que se encuentran involucrados intereses de personas menores de edad.

Esta falta de mirada desde los derechos de los niños, niñas y adolescentes involucrados queda más evidenciada cuando el patrocinio o representación de la persona adulta no es ejercido por la Comisión del Migrante de la Defensoría General de la Nación, ya que son muchos los casos en los que las dispensas por razones de unificación familiar no son solicitadas, o no se encuentran bien fundamentadas.

Tal vez una discusión más sensata podría restringirse al alcance que la actuación complementaria de las defensorías de menores puede tener en este tipo de casos en los que el niño, niña o adolescente no es técnicamente parte en el proceso; pero, sin lugar a dudas, la decisión judicial que se adopte podría acarrear consecuencias graves en el goce de uno de sus derechos funda-

⁹ CSJN, “Recurso de hecho deducido por la actora en Bianchi Fabre c/ EN- M Interior OP y V-DNM s/recurso directo DNM”, del 3/3/22.

mentales, el de vivir y crecer en familia.

Las diferentes posturas hasta aquí estudiadas dejan algunos interrogantes. Entre ellos, pueden señalarse: ¿Alcanza la intervención en el proceso del padre o de la madre para asegurar que el derecho a la vida familiar del niño o niña sea contemplado al adoptar una decisión judicial?; ¿la aplicación en el caso concreto del principio del interés superior del niño implica la necesaria intervención de las defensorías de menores? En caso de que así sea, ¿con qué alcance?; ¿la omisión de dar vista a las defensorías de menores en casos en que la decisión judicial puede acarrear un cercenamiento a un derecho fundamental de una persona menores de edad, respeta el sistema que traza el Código Civil y Comercial de la Nación en su art. 103 CCyCN?

Más allá de las posturas personales que se pudieran adoptar, la jurisprudencia actual no es clara en dar respuestas coincidentes a estas cuestiones. Por el momento, la Corte Suprema no se ha expedido sobre el tema. Sin embargo, ha otorgado vista a la defensoría de menores en esa instancia para que asuma la intervención y emita su dictamen en todos los casos en los que existen hijos y/o hijas de migrantes que pueden verse afectados por la decisión que debe adoptar.

IV. Los últimos fallos de la CSJN sobre dispensas en casos de expulsiones a migrantes

En el último tiempo, varios fallos de la Corte Suprema analizaron la situación de las personas migrantes y sus familias en casos en los que se discutía la razonabilidad de las decisiones de la Dirección Nacional de Migraciones al analizar las dispensas solicitadas. En casi la totalidad de los casos se trataron de sentencias en las que la Corte acompañó las decisiones denegatorias adoptadas por la administración, ya sea porque adoptó un fallo

en ese sentido o porque declaró inadmisibles los recursos extraordinarios interpuestos por el/la migrante en los términos del art. 280 CPCCN.

En el año 2020 la Corte Suprema falló en “Barrios Rojas”¹⁰, el caso de una migrante que solicitó que se revise judicialmente el rechazo de su pedido de dispensa para garantizar el derecho a la protección de su vida familiar. La Dirección Nacional de Migraciones lo había denegado fundado en la pena que se le había impuesto y la naturaleza del delito por el que había sido condenada. La Sala V había decidido reenviar el caso a sede administrativa para que se adoptara una nueva decisión, ya que había considerado que la denegación de la dispensa resultaba irrazonable y que debió haberse sopesado que la actora tenía un grupo familiar en el país que incluía a su esposo, padres, hijos mayores, sobrinos y nietos.

El caso llegó a la CSJN por un recurso extraordinario interpuesto por la Dirección Nacional de Migraciones y revocó la decisión. Entendió que la Cámara había realizado una indebida sustitución de las facultades que la ley 25.871 le atribuye a la administración e ingresó en su núcleo de discrecionalidad, cuyo único límite está dado por la prohibición de adoptar criterios discriminatorios (artículo 3, inciso f, de la ley), circunstancia que no había sido alegada en la causa.

Así, entendió la Corte que no puede sostenerse que “la mera existencia de un grupo familiar en el país y la alegada reinserción de la actora en la sociedad resulte suficiente para dejar sin efecto la orden de expulsión fundada en alguna de las causales previstas en el artículo 29 de la ley 25.871”.

En su voto, los jueces Maqueda y Lorenzetti sostuvieron que las razones de reunificación familiar establecidas en el artículo 29 *in fine* deben ser interpretadas con criterio res-

¹⁰ CSJN, Fallos 343:990.

trictivo (cfr. considerando 10º) y que la Sala V había omitido expedirse sobre el modo en que podría considerarse afectado el derecho a la protección de la vida familiar, más allá de la mera perturbación de los lazos afectivos normales. Señalaron que no se analizó la situación del grupo familiar en particular ni cuál sería el grado de desamparo en que quedaría la madre y el cónyuge de la migrante como consecuencia del acto de expulsión.

Por su parte, el juez Rosatti sostuvo que el derecho a la reunificación familiar no es un derecho absoluto, que la obtención de la dispensa es excepcional y, por ende, de procedencia restrictiva. Por esas razones solo pueden revocarse las decisiones administrativas que resulten irrazonables o impliquen un trato discriminatorio. Anticipando la posibilidad de arribar a una conclusión diferente en un caso en el que se encontraran en juego derechos de personas menores de edad, destacó que “la reunificación familiar invocada no incluye prioritariamente a menores de edad sino a personas adultas, por lo que no resulta aplicable de modo decisivo en autos la noción de interés superior del niño”.

Tiempo después, a fines del año 2021, la Corte falló en “Otoya Piedra”¹¹. El pedido de dispensa efectuado por el migrante tampoco involucraba a personas menores de edad ya que sus hijos habían alcanzado la mayoría de edad al momento en que el caso se judicializó. La Corte reiteró su doctrina de “Barrios Rojos” y entendió que la administración había hecho uso de sus facultades discrecionales para rechazar el pedido de dispensa sobre la base de la entidad y gravedad del delito por el que el migrante había sido condenado. Consideró que la decisión había sido adoptada dentro del ámbito de valoración que la ley atribuye a la autoridad de aplicación, que se encontraba fundada y no se había constatado una injerencia arbitraria en las relaciones de fa-

milia o la adopción de criterios discriminatorios.

En un muy reciente caso, “C.G. A.”¹², la Corte Suprema resolvió a favor del derecho de los hijos de una mujer migrante a vivir y crecer junto a ella. La Corte decidió revocar la sentencia de Cámara que había confirmado la expulsión del país con prohibición de reingreso permanente de la Sra. C. Si bien el caso había devenido abstracto ya que la migrante había obtenido la residencia temporaria por “razones humanitarias o de reagrupación familiar”, la mayoría de la CSJN decidió resolver sobre el fondo ya que consideró importante asentar su postura frente a la posibilidad de que en el futuro se presentasen otras causas similares.

Se trató de un caso muy especial en que el grupo familiar involucrado presentaba una situación de vulnerabilidad extrema ya que frente a la expulsión de la actora existía un riesgo cierto de que sus hijos quedaran en una situación de desamparo.

A pesar de la situación de extrema vulnerabilidad que enfrentaban los niños involucrados, la CSJN no se expidió en concreto sobre la participación de las defensorías de menores en este tipo de procesos. Su falta de intervención había sido señalada en el recurso extraordinario que se estaba tratando como un agravio federal que afectaba al interés superior de los niños. Sin embargo, como ya fuera señalado, también en este caso y previo a decidirla CSJN dio vista al Defensor General Adjunto ante la Corte Suprema para que dictaminara.

La Corte decidió revocar el fallo que había confirmado la orden de expulsión de la migrante. Para arribar a esa conclusión resultó determinante el contenido de un informe socioambiental elaborado por el Programa de Atención a las Problemáticas Sociales y Relaciones con la Comunidad de la Defensoría General de la Nación que había sido aportado

11 CSJN, Fallos 344:3600.

12 CSJN, “C.G.A. c/ EN -DNM s/recurso directo DNM”, del 6/9/22.

por la actora durante el trámite del expediente judicial y utilizado para fundar su recurso extraordinario federal. Del informe surgía que la actora había sido víctima de violencia de género, que se encontraba sola a cargo del cuidado de sus hijos, que padecía una situación de carencia de recursos económicos y que el grupo familiar se alimentaba en un comedor comunitario.

En el caso la Corte ponderó que “la migrante ha invocado y acreditado de manera fehaciente el altísimo grado de dependencia de sus hijos menores de edad para su subsistencia y el desarrollo tanto en el plano psicológico y emocional, como económico”.

La CSJN también sopesó la situación de desamparo en la que quedarían tres de sus hijos si la mujer, cuidadora primaria y proveedora de lo necesario para la subsistencia y desarrollo de los niños, debiera abandonar el país. Además, analizó como especialmente gravosa la situación de los niños en el caso de que debieran abandonar el país para no separarse de su madre. En este punto la Corte tuvo especialmente en cuenta que en su actual centro de vida reciben contención y asistencia fundamentales para su desarrollo integral, que tienen una vivienda digna y están regularmente escolarizados, que participan de un programa de apoyo escolar y que su madre les garantiza sus necesidades alimentarias a través de un comedor comunitario.

Finalmente, la Corte concluyó que “(...) el cumplimiento de la orden de expulsión de la actora del territorio nacional, con prohibición de reingreso permanente, representa un riesgo cierto y concreto de que sus hijos menores de edad queden en situación de desamparo”.

Resulta relevante destacar que en su razonamiento la Corte señaló que en aquellos casos en los que se encuentra involucrado el interés superior del niño en materia migratoria, *la naturaleza de los derechos en juego excede el interés de cada parte, y pone en evidencia la presencia*

de un fuerte interés estatal para su protección.

Si bien no se ahondó en esta línea de pensamiento, entiendo que podría avanzarse en ese sentido y, tal vez en un futuro caso, analizarse si ese interés superior del niño que se encuentra por encima del interés de cada parte debe ser ejercido por el órgano estatal encargado de hacer valer judicialmente los intereses y derechos de las personas menores de edad: las defensorías públicas de menores.

Por último, puede mencionarse el reciente caso “Qiu”¹³. Retomando los criterios de los casos fallados previamente, se dejó asentado que en tanto el otorgamiento de la dispensa por razones familiares constituye una facultad discrecional de la administración de carácter excepcional y restrictivo, para que pueda ser revisada judicialmente la persona migrante debió haberla solicitado de manera expresa y fundada ante la autoridad migratoria.

V. Algunas reflexiones

La jurisprudencia reciente no ha definido con certeza y de manera uniforme en qué casos corresponde la intervención de las defensorías de menores en los casos en que se solicita la revisión de la orden de expulsión de una persona migrante que reside en el país con sus hijos e hijas menores de edad. También está pendiente una definición sobre los alcances de esa intervención. Si bien la CSJN no se ha expedido en concreto sobre este asunto, sí ha dado intervención a la defensoría de menores en el trámite en su instancia, lo que no sucede en las etapas previas.

Los últimos casos de la Corte Suprema sobre la materia permiten afirmar que sólo serán revisadas judicialmente aquellas dispensas por razones familiares que hayan sido solicitadas de manera expresa y fundada a la

13 CSJN, “Qiu c/ Dirección Nacional de Migraciones s/ impugnación de acto administrativo”, del 20/9/22.

FLORENCIA G. PLAZAS

Dirección Nacional de Migraciones. En aquellos casos en los que se produzca la revisión judicial, deberá demostrarse de manera concreta el perjuicio que la expulsión de la persona migrante podría ocasionar en los derechos de los niños, niñas y adolescentes integrantes de su grupo familiar. El mero vínculo de parentesco no resultará suficiente, sino que se requerirá que en el caso se demuestre la existencia de un riesgo cierto de desamparo que afecte a las personas menores de edad. Estas particulares circunstancias serán evaluadas desde la óptica que la Convención de los Derechos del Niño impone: el principio del interés superior del niño, niña o adolescente.

El impacto de la pandemia por COVID-19 y el rol de la defensa pública para la promoción y protección de los derechos humanos de las personas migrantes

Marina Salmain¹

Defensora pública oficial a cargo de la Defensoría Pública Oficial N° 3 ante los Juzgados y Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Comercial y del Trabajo. Anteriormente se desempeñó como secretaria de primera instancia y defensora pública coadyuvante de la Comisión del Migrante de la Defensoría General de la Nación.

I. Introducción

Cuando el 20 de marzo de 2020 entró en vigencia en Argentina¹ el Aislamiento Social Preventivo y Obligatorio (ASPO), las personas en contexto de movilidad humana -en lo que a este trabajo respecta, las personas migrantes- quedaron especialmente expuestas a su impacto socioeconómico. En muchos casos, la falta de documentación afectó su posibilidad de, principalmente, acceder a ciertos beneficios y derechos sociales.

A este contexto corresponde agregar que al momento de hacerse efectivo el ASPO muchas personas migrantes estaban insertadas en mercados laborales informales, en condiciones precarias y sin ningún tipo de protección social. Esta situación de irregularidad profundizó su exclusión social, ya que se vio afectada la plena vigencia de sus derechos humanos en virtud de los serios riesgos para el trabajo, la vida, salud e integridad personal que supuso el COVID-19.

Desde la Comisión del Migrante, en articulación con distintas áreas y programas de la Defensoría General de la Nación (DGN), se implementaron medidas de protección a favor de este grupo altamente vulnerable a

¹ La autora agradece a Ignacio Odriozola su apoyo por los aportes y las sugerencias para la elaboración de este artículo.

¹ Cfr. DNU N° 297/2020, subsiguientes y concordantes.

fin de garantizar el pleno respeto de los derechos humanos.

Este artículo persigue un doble propósito. En primer lugar, abordar el impacto diferenciado que ha tenido la pandemia sobre las personas en contexto de movilidad humana y presentar los principales estándares y resoluciones dictadas por los organismos de protección de derechos humanos. En segundo lugar, y en función de lo anterior, visibilizar el trabajo realizado por la Comisión del Migrante en la atención a las personas migrantes durante el ASPO.

Con ello en mente, el trabajo se estructura en cuatro secciones. En primer lugar, indaga sobre los principales desafíos que afrontó este grupo social. Seguidamente, examina las medidas adoptadas al respecto. Luego, aborda las resoluciones y estándares desarrollados en la arena internacional. Por último, analiza el rol de la defensa pública en este contexto. A modo de conclusión, ofrece unas reflexiones finales.

II. Principales desafíos que enfrentaron las personas migrantes en contexto de pandemia

La pandemia provocó drásticas respuestas por parte de los Estados en la mayoría de los países de la región. Se cerraron aeropuertos y fronteras. Se ordenó el aislamiento social. En muchos casos también se suspendieron actividades escolares, laborales, sociales y servicios públicos como la justicia, quedando en funcionamiento solo los servicios esenciales y las cadenas de abastecimiento de productos de alimentos y medicina.

Sin pretender realizar un análisis exhaustivo de la totalidad de las medidas de ayuda específica que fueron dispuestas por los distintos organismos del Estado en función de sus competencias demostraré cómo muchas de ellas dejaron por fuera a las personas migrantes.

En este sentido, resultó de vital importancia el rol de la defensa pública en la protec-

ción de los derechos humanos de este grupo altamente vulnerable al brindar y aplicar perspectivas interseccionales y prestar especial atención a las necesidades y al impacto diferenciado, en muchos casos discriminatorio, de las políticas generadas.

En esa línea podemos mencionar, en primer término, al Ingreso Familiar de Emergencia (IFE). Creado por decreto del Poder Ejecutivo Nacional, se trató de una prestación monetaria no contributiva de carácter excepcional destinada a compensar la pérdida o grave disminución de ingresos de las personas afectadas por la situación de emergencia sanitaria² que estableció determinados requisitos que imponían un acceso diferencial a derechos básicos en un contexto de emergencia sanitaria.

En la DGN se recibieron diversas consultas relacionadas con esta temática y se comenzó a evaluar la constitucionalidad de los requisitos para acceder al IFE, entendiendo que resultaban violatorios del principio de igualdad y no discriminación establecido por el art. 16 de la Constitución Nacional y por los instrumentos internacionales con jerarquía constitucional otorgada por su art. 75 inc. 22 (arts. 1, 2 y 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; arts. 2 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; art. 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), así como violatorio de los derechos garantizados a toda persona migrante por el art. 20 constitucional y por los arts. 5 y 6 de la ley 25.871.

Por otro lado, las restricciones impuestas a la circulación afectaron de manera particular a este grupo, impedido inicialmente de gestionar el “Certificado Único Habilitante para Circulación – Emergencia COVID-19”, pues la Resolu-

² Decreto 310/2020 de fecha 23/03/2020 publicado en el B.O. el 24/03/2020.

ción del Ministerio del Interior N° 48/2020³, que implementó su uso obligatorio, exigía como requisito indispensable para su obtención ingresar un Documento Nacional de Identidad (DNI); es decir, sólo lo podían realizar las personas debidamente radicadas en el país.

El cierre de fronteras internacionales llevó a que el ingreso y egreso del país fuera excepcional, hecho que afectó, particularmente, a quienes habían optado por su extrañamiento -es decir, a quienes habían consentido su orden de expulsión y, encontrándose privadas/os de la libertad, solicitaron retornar a su país de origen-. Impedidas/os de salir del país, se enfrentaron a una posible prolongación de los tiempos de detención, con los riesgos que ello podía conllevar.

Por otro lado, la imposibilidad de tramitar y prorrogar residencias en virtud del ASPO también se tradujo en dificultades en el acceso a documentación vigente, lo que a su vez dificultó el acceso a otros derechos. Si bien estas cuestiones fueron resueltas casi en su totalidad gracias a la digitalización de los trámites, persistieron algunos problemas en el efectivo acceso a documentación.

Finalmente, las medidas de restricción de circulación, combinadas con factores de des-

conexión tecnológica complejizaron el acceso a la justicia de las personas en contextos de movilidad humana. Esto requirió de la rápida implementación de acciones para garantizar la continuidad en la comunicación entre defensores/as y asistidos/as y para asistir a esta población en el acceso a las herramientas digitales correspondientes.

III. Medidas adoptadas para la protección de los derechos humanos de las personas migrantes

En línea con las dificultades detalladas, y en el entendimiento de que la restricción o limitación a los derechos generan impactos en el goce de otros derechos de manera desproporcionada en determinados grupos resultó necesaria la adopción de medidas positivas de protección adicionales. Por eso, la Comisión del Migrante, desde el inicio de la pandemia, cumplió funciones tanto bajo la modalidad trabajo a distancia como presencial, garantizando la atención de personas migrantes.

Es importante destacar que, a fin de garantizar la comunicación con las personas migrantes, todos los medios de contactos disponibles (líneas telefónicas, WhatsApp y casillas de correo electrónico) tuvieron amplia difusión pública, no sólo a través de las redes del Ministerio Público de la Defensa sino también vía los recurseros de difusión pública y medios de comunicación de tirada nacional⁴.

Con relación a las restricciones impuestas a la circulación, ante la imposibilidad por parte de las y los migrantes de gestionar el “Certificado Único Habilitante para Circulación – Emergencia COVID-19”, se mantuvieron diversas

3 Resolución del Ministerio del Interior 48/2020 de fecha 28/03/2020 publicada en el Boletín Oficial el 29/03/2020 estableció “ARTÍCULO 1°.- Implementase el “Certificado Único Habilitante para Circulación – Emergencia COVID-19” para toda persona que encuadre en los supuestos previstos en el artículo 6° del Decreto N° 297/20 y en los artículos 1° y 2° de la Decisión Administrativa N° 429/20, así como en aquellas excepciones al “aislamiento social, preventivo y obligatorio” que en el futuro se establezcan. El “Certificado Único Habilitante para Circulación – Emergencia COVID-19” será personal e intransferible y deberá tramitarse a través de la plataforma “Trámites a Distancia” (TAD), ingresando a <https://tramitesadistancia.gob.ar/>, a efectos de su presentación a requerimiento de la autoridad competente al momento de circular por la vía pública, junto con el Documento Nacional de Identidad.”

4 Diario Perfil, “Los migrantes sin DNI ya pueden tramitar el certificado para circular”, *Diario Perfil*, 7 de mayo de 2020. Disponible en: <https://www.perfil.com/noticias/politica/migrantes-sin-dni-ya-pueden-tramitar-el-certificado-para-circular.phtml>

conversaciones con funcionarios de la Dirección Nacional de Migraciones. Así, se solicitó su modificación por intermedio del organismo correspondiente, elevándose finalmente el pedido en una nota formal. Con posterioridad se remitió la misma solicitud al Subsecretario de Gobierno Abierto y País Digital de la Secretaría de Innovación Pública de la Jefatura de Gabinete de Ministros. Con motivo de dicha presentación, el sistema permitió realizar la solicitud con certificado de residencia precaria o documento de país de origen⁵.

Respecto a las medidas sociales implementadas por el Estado como ayuda específica en este contexto, como lo mencioné anteriormente, el Gobierno Nacional creó el IFE -establecido por el Decreto N° 310/2020 y la Resolución de la Secretaría de Seguridad Social N° 8/2020- que requería para su otorgamiento “ser argentino o argentina o extranjero con una residencia legal en el país no inferior a DOS (2) años”, excluyendo así como posibles beneficiarias/os de la prestación a todo un universo de migrantes que no reunían dicho requisito. Asimismo, la “residencia legal” exigida, en la práctica, también dejó por fuera del universo de beneficiarios/as a aquellas personas que contaban con una residencia legal precaria toda vez que el trámite para acceder al IFE solo permitía completar la solicitud con DNI.

En función de ello, la defensora general de la Nación firmó una nota dirigida a las autoridades correspondientes⁶, poniendo en su conoci-

miento la problemática detectada y solicitando el diseño de una política pública que incluyera a este universo de personas asegurando un ingreso económico para el acceso a servicios básicos e indispensables para su subsistencia.

En forma simultánea, a través de la Unidad de Letrados Móviles ante el Fuero de la Seguridad Social -un programa específico de la DGN-, se iniciaron acciones de amparos individuales ante el fuero competente. Por esta vía se obtuvieron diversos pronunciamientos cautelares favorables e, incluso, sentencias sobre el fondo, donde se ordenó a la Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSeS) otorgar turnos para dar inicio al trámite de solicitud del IFE, a pesar de no contar con un DNI argentino⁷.

culares y la economía popular: (1) personas que han ingresado al país en forma reciente, sin haber iniciado trámite de radicación alguno ni solicitud del reconocimiento de la condición de refugiado, por ende, carecen de certificado de residencia precaria -aunque, en algunos casos, pueden tener vigente su residencia transitoria en los términos del Art. 24 de la Ley N° 25.871 o haber solicitado asilo en frontera-; (2) personas que cuentan con su permiso de permanencia transitorio -otorgado en los términos del Art. 20 bis de la Ley N° 25.871-; (3) personas que cuentan con su certificado de residencia precaria -otorgada en los términos del Art. 20 de la Ley N° 25.871-; (4) personas que cuentan con su certificado de residencia precaria -otorgada en los términos de los Arts. 31.d, 42 y 51 de la Ley N° 26.165-; (5) personas que poseen residencia legal temporaria o permanente -DNI- sea porque han sido reconocidas como refugiadas, sea porque han tramitado las restantes residencias posibles enumeradas en la Ley N° 25.871, pero su plazo de vigencia es menor a dos años; y (6) personas cuyas residencias han sido canceladas en los términos del Art. 62 de la Ley N° 25.871, sin que tal acto administrativo se encuentre firme”.

7 Juzgado Federal de la Seguridad Social N°1 “Polanco Familia, D.A. c/ Anses s/Amparo y Sumarísimo” (Expte. 11633/20) sentencia de fecha 28/07/2020 que, en lo sustancial resolvió: “[El]Estado deberá hacerle extensivo el pago del IFE creado por el Decreto 310/2020, aun cuando no cuenta con el requisito de dos años como mínimo de residencia en el país, ni con DNI para acceder a la

5 *Ibidem*.

6 En la nota presentada al entonces ministro de Desarrollo Social, Sr. Daniel Fernando Arroyo, y al director ejecutivo de la Administración Nacional de la Seguridad Social, Sr. Alejandro Vanoli Long Biocca, se hizo saber que dentro de ese universo se podían identificar seis subgrupos excluidos de la política social de emergencia pero que sufren las consecuencias de las medidas de aislamiento social, sobre todos aquellos que tienen como principal fuente de ingresos el trabajo en casas parti-

Como mencionaba más arriba, el cierre de fronteras internacionales llevó a que el ingreso y egreso del país fuera excepcional. No obstante esa clausura y la suspensión establecida por la Dirección Nacional de Migraciones de ejecución de los extrañamientos, se logró gestionar en forma coordinada con las diferentes jurisdicciones, la Dirección Nacional de Migraciones, el servicio penitenciario Federal y los consulados de países limítrofes la materialización de esas expulsiones. Se realizaron a través de los canales fronterizos terrestres, e incluyeron detenidos en los procedimientos de repatriación, sujeto a la autorización de cada sede consular. De esta manera se pudo cumplimentar extrañamientos a Chile, Bolivia y Paraguay y poner fin al estado de encierro de los condenadas y condenados migrantes que habían consentido expresamente el regreso a su país⁸.

solicitud del mismo. Ello por cuanto, de aplicarse taxativamente el requisito del tiempo requerido de residencia mínima en el país implicaría someter a quien reclama a una situación de una mayor aún vulnerabilidad social y fragilidad de su pequeño núcleo familiar en Argentina” (...) [N]o debe realizarse una identificación de necesidades económicas entre vulnerables según la cantidad de años que poseen en nuestro país, pues ello sometería la cuestión al siniestro ejercicio de suponer que quien no cuenta con una residencia legal mínima de dos años no registra las mismas necesidades materiales que aquél que si la posee. Realizar diferencias entre los migrantes en nuestro país con necesidades básicas insatisfechas, de acuerdo con la cantidad de tiempo que registran viviendo en nuestro país, no se aviene con la garantía de igualdad, de no discriminación, de favorabilidad y no regresión que caracterizan a la Seguridad Social y son receptadas en nuestra Constitución Nacional y en los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos con jerarquía internacional...”. Entre otros pronunciamientos del fuero relativos al otorgamiento del IFE.

8 Área de prensa y difusión DGN, “Por intervención de la Defensa Pública, se repatrió a 48 personas de nacionalidad boliviana que habían sido expulsadas del país”, Disponible en: <https://www.mpd.gov.ar/index.php/noticias-feed/5036-por-intervencion-de-la-defensa-publica-se-repatrio-a-48-personas-de-nacionalidad-boliviana-que-habian-sido-expulsadas-del-pais>.

IV. Resoluciones y estándares internacionales

A nivel internacional, los distintos organismos de protección de derechos humanos, entre ellos la Organización de los Estados Americanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y el Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familias de la ONU reconocieron la situación de especial vulnerabilidad en que se encontraban las personas migrantes en relación con las nacionales. Por eso brindaron herramientas de protección, recomendaciones e incluso resoluciones provisionales que prontamente dieron cuenta del impacto diferenciado que la pandemia tuvo sobre las personas en contexto de movilidad humana, afirmando cuáles eran los estándares que en la materia debían y deben respetar los Estados.

En general, la situación por la COVID-19 fue delicada en muchos aspectos, pero principalmente en el ámbito de los derechos de las personas más vulnerables.

En este apartado haré el recuento de algunas de esas decisiones y recomendaciones, en particular aquellas relacionadas con la problemática que atravesaron las personas migrantes en nuestro país.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), como órgano de protección de los derechos humanos, consciente de los problemas y desafíos extraordinarios que los Estados americanos, la sociedad en su conjunto, y cada persona y familia afrontaron como consecuencia de la pandemia global, con fecha 1 de abril de 2020 emitió la Resolución 1/2020⁹. Allí instó a los Estados a que

[boliviana-que-habian-sido-expulsadas-del-pais](#).

9 CIDH, *Pandemia y Derechos Humanos en las Américas*. Resolución Nro. 1/2020. Adoptada el 10 de abril de

las medidas adoptadas en la atención y contención del virus tuvieran como centro el pleno respeto de los derechos humanos. En este sentido, la Comisión observó que la generalidad de las personas trabajadoras, en especial las que viven en situación de pobreza o con bajos salarios, depende por definición de sus ingresos económicos laborales para su subsistencia. Por esa razón recomendó a los Estados miembros adoptar medidas con enfoques de derechos humanos guiar su actuación con medidas que contemplaran la universalidad e inalienabilidad; la indivisibilidad, la igualdad y la no discriminación; la perspectiva de género, diversidad e interseccionalidad y el respeto del Estado de Derecho¹⁰.

Con relación a la imposibilidad de muchas personas migrantes de regresar al país del cual son nacionales debido al cierre de fronteras, estableció que los Estados debían garantizar el derecho de regreso a su país de origen a través de acciones de cooperación, así como garantizar el principio de unidad familiar¹¹.

2020.

10 En la resolución citada, la CIDH recomendó “adoptar de manera inmediata e interseccional el enfoque de derechos humanos en toda estrategia, política o medida estatal dirigida a enfrentar la pandemia del COVID-19 y sus consecuencias, incluyendo los planes para la recuperación social y económica que se formulen” y “guiar su actuación de conformidad con los siguientes principios y obligaciones generales: El objetivo de todas las políticas y medidas que se adopten deben basarse en un enfoque de derechos humanos que contemple la universalidad e inalienabilidad; indivisibilidad; interdependencia e interrelación de todos los derechos humanos; la igualdad y la no discriminación; la perspectiva de género, diversidad e interseccionalidad; la inclusión; la rendición de cuentas; el respeto al Estado de Derecho y el fortalecimiento de la cooperación entre los Estados”.

11 *Ibid.*, párrafo 60. Allí puntualizo que los Estados debían “garantizar el derecho de regreso y la migración de retorno a los Estados y territorios de origen o nacionalidad, a través de acciones de cooperación, intercambio de información y apoyo logístico entre los Estados correspondientes, con atención a los protocolos sanitarios

En cuanto a la protección de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, la CIDH recomendó “proteger los derechos humanos, y particularmente los DESCAs, de las personas trabajadoras en mayor situación de riesgo por la pandemia y sus consecuencias” y reconoció la importancia de que los Estados velen por asegurar ingresos económicos y medios de subsistencia de todas las personas trabajadoras así como disponer y movilizar el máximo de los recursos disponibles para hacer efectivo el derecho a la salud y otros DESCAs¹².

Por su parte, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales emitió la Declaración sobre la enfermedad por pandemia de coronavirus (COVID-19) y derechos económicos, sociales y culturales del 6 de abril de 2020 (Resolución E/C.12/2020/1). En ese documento señaló que nadie debía ser dejado de lado en las medidas que se adoptaran para combatir la pandemia, dado que muchas personas carecen de acceso a los servicios básicos

requeridos y considerando de manera particular el derecho de las personas apátridas de retornar a los países de residencia habitual, y garantizando el principio de respeto a la unidad familiar”.

12 En cuanto a la protección de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, la CIDH recomendó “proteger los derechos humanos, y particularmente los DESCAs, de las personas trabajadoras en mayor situación de riesgo por la pandemia y sus consecuencias. Es importante tomar medidas que velen por asegurar ingresos económicos y medios de subsistencia de todas las personas trabajadoras, de manera que tengan igualdad de condiciones para cumplir las medidas de contención y protección durante la pandemia, así como condiciones de acceso a la alimentación y otros derechos esenciales”, así como “Disponer y movilizar el máximo de los recursos disponibles, incluyendo acciones de búsqueda permanente de dichos recursos a nivel nacional y multilateral, para hacer efectivo el derecho a la salud y otros DESCAs el con objeto de prevenir y mitigar los efectos de la pandemia sobre los derechos humanos, incluso tomando medidas de política fiscal que permitan una redistribución equitativa” (pág. 10 y 11).

y frecuentemente sufren tasas más altas de enfermedades crónicas y condiciones de salud subyacentes que las colocan en mayor riesgo de desarrollar severas complicaciones de salud por COVID-19. En este sentido, estableció en el párrafo 14 que los Estados debían destinar los máximos recursos disponibles para la plena realización de los derechos económicos, sociales y culturales, incluyendo el derecho a la salud y señaló que debido a que esta pandemia tiene impactos negativos desproporcionados sobre la mayoría de los grupos marginalizados, aquellos deben realizar todos los esfuerzos para movilizar los recursos necesarios para combatir el COVID-19 de manera igualitaria. La asignación de recursos debe priorizar las necesidades especiales de estos grupos.

La Organización de los Estados Americanos ofreció una guía como herramienta para pensar respuestas que tuvieran en cuenta las circunstancias particulares de los grupos en situación de vulnerabilidad¹³. Con el objeto de contribuir en el desarrollo de las políticas públicas y las respuestas que los Estados debían adoptar para hacer frente a los impactos directos e indirectos que la pandemia provocó, abordó la necesidad de integrar a las personas migrantes en los planes nacionales crearon los Estados para prevenir y combatir el COVID-19, de forma tal que se les brindara protección en conjunto con las comunidades de acogida¹⁴.

13 Secretaría de Acceso a Derechos y Equidad: Guía Práctica de respuestas inclusivas y con enfoque de derechos ante el COVID-19 en las Américas [Publicado por la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos]. (OAS. Documentos oficiales; OEA/Ser. D/XXVI).

14 Ibid. pág. 59. “Incluir dentro de las medidas de recuperación económica a las personas desplazadas internas, migrantes, solicitantes de asilo, refugiadas y sus comunidades de acogida, que también serán afectadas por el impacto económico del COVID-19, debido a la pérdida de ingresos, las limitaciones a la circulación, la

El organismo interamericano también recomendó a los Estados evitar la adopción de medidas de contención y reducción de la pandemia del COVID-19 que se basaran en justificaciones discriminatorias: los Estados deben reconocer que incluso las políticas generales pueden tener efectos discriminatorios si tienen un impacto desproporcionado en personas o grupos en situación de vulnerabilidad. Asimismo, encomendó que dentro de las medidas que dispongan para regresar a los connacionales, los Estados deben priorizar a las personas en situación de vulnerabilidad y garantizar su seguridad¹⁵.

Finalmente, el Comité sobre los Trabajadores Migratorios de la ONU y el Relator Especial sobre los Derechos Humanos de los Migrantes de la ONU también reconocieron que la pandemia tuvo efectos serios y desproporcionados sobre las personas migrantes y sus familias a nivel global. Particularmente, reconocieron que los migrantes en condición irregular o indocumentados se hallaban en una situación de aun mayor vulnerabilidad.

En ese sentido, llamaron a los Estados a proteger los derechos humanos de los migrantes y sus familias, independientemente de su condición migratoria. En particular pidieron integrar a los trabajadores migrantes a los planes y políticas nacionales de prevención y respuesta al COVID-19; garantizar el acceso a los servicios sociales para los migrantes y sus

reducción del acceso al empleo y medios de vida, la inflación y el aumento de los precios”.

15 Ibid. pág. 58: “Garantizar el derecho de toda persona regresar al país del cual es nacional. Esta obligación debe compatibilizarse con normas sanitarias internacionales y las directrices emitidas por las autoridades nacionales de salud, y abarca, según las condiciones de cada Estado, medidas de protección, acceso a información y asistencia. En adición, las medidas que dispongan los Estados para regresar a los connacionales deben priorizar a las personas en situación de vulnerabilidad y garantizar su seguridad”.

familias; garantizar el derecho de todos los migrantes y sus familias de retornar al país del cual son nacionales y promover la regularización de los migrantes en condición irregular o indocumentados¹⁶.

Los órganos de protección de derechos humanos han reconocido la situación de especial vulnerabilidad en que se encontraron las personas migrantes derivada de los efectos de las leyes y políticas estatales, que muchas de ellos desconocieron a las personas migrantes como sujetos de derechos, así como la existencia de prejuicios culturales acerca de los migrantes, que permitieron la reproducción de las condiciones de vulnerabilidad, tales como los prejuicios étnicos, la xenofobia y el racismo, que dificultaron la integración de los migrantes a la sociedad.

V. El rol de la defensa pública

Las Reglas de Brasilia determinan que los Estados deben adoptar medidas destinadas a la especialización de las y los profesionales, operadores y servidores del sistema de justicia para la atención de las personas en condición de vulnerabilidad. También tienen dentro de sus obligaciones la promoción tanto de actuaciones destinadas a proporcionar información básica sobre derechos como la asistencia legal y la defensa pública a la persona detenida, que debe ser de calidad, especializada y gratuita¹⁷.

16 Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familias de la ONU y Relator Especial sobre los Derechos Humanos de los Migrantes de la ONU, *Nota de Orientación conjunta acerca de los impactos de la pandemia del COVID-19 sobre los derechos humanos de las personas migrantes*, 26 de mayo de 2020. Disponible en: https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Migration/CMWSPMJointGuidanceNoteCOVID19Migrants_SP.pdf

17 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en condición de Vulnerabilidad, que ha tenido

La asistencia jurídica en los casos de personas en situación de vulnerabilidad como las personas migrantes debe reformularse de tal forma que pueda captar las particulares características y necesidades específicas de esa población, teniendo en cuenta, adicionalmente, la discriminación interseccional que enfrenta. Estas especiales circunstancias exigen cierto nivel de especialización¹⁸.

En este punto, no resulta ocioso recordar que el Ministerio Público de la Defensa de la Nación (MPD) es uno de los órganos creados por la Constitución de la Nación Argentina con carácter independiente, autonomía funcional y autarquía financiera (art. 120). En los términos de la ley que reglamenta su actividad (Ley N° 27.149¹⁹), es una institución que garantiza el acceso a la justicia y la asistencia jurídica integral, y que promueve toda medida tendiente a la protección y defensa de los derechos fundamentales de las personas, en especial de quienes se encuentren en situación de vulnerabilidad (art. 1).

Con motivo del cambio de paradigma respecto del tratamiento de las personas migrantes fijado en la ley 25.871, se impulsaron iniciativas en el MPD. A fines de 2008, mediante Resolución DGN N°1858/08, se creó la Comisión del Migrante en el ámbito de la DGN, con la finalidad de promover actividades orientadas a la defensa y protección de los derechos de las personas extranjeras que se encuentran en el territorio nacional y se encuentran en proceso de expulsión, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 86 de la ley 25.871.

lugar en Brasilia durante los días 4 a 6 de marzo de 2008.

18 Jiménez Mayor, Juan F. y Noemí Alarcón Velasco, *Acceso a la justicia de personas en contexto de movilidad humana Diagnóstico regional y buenas prácticas*, Colección Eurosocial, pág.62

19 Ley No. 27.149. Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=248189>

El 3 de mayo de 2010 se dictó el Reglamento de la Ley Nacional de Migraciones, mediante Decreto N° 616/2010, que recogió los nuevos objetivos de la política migratoria argentina, enfocados en un marco de integración regional latinoamericana. En uno de sus considerandos se lee que:

[...] lo que genera un compromiso cada vez mayor de cooperación mutua entre los diversos Estados Parte del MERCOSUR, una progresiva facilitación de los procedimientos legales vigentes y una adecuada contemplación de las necesidades reales de los extranjeros que transitan o residen en el territorio nacional

Del mismo modo, el reglamento encarga a la Dirección Nacional de Migraciones velar por el resguardo de los derechos humanos y el goce del derecho a migrar reconocido por la ley 25.871, así como colaborar con los Gobiernos Nacional, Provincial, Municipal y de la Ciudad de Buenos Aires, en aquellas acciones o programas tendientes a lograr la integración de los migrantes y a garantizar su acceso a los servicios sociales, bienes públicos, salud, educación, justicia.

Asimismo, incorpora la intervención del MPD, que es garantizada mediante la sola manifestación de voluntad recursiva de la persona, disponiéndose la suspensión de cualquier trámite y de los plazos en curso hasta que el referido Ministerio tome intervención o el interesado reciba la asistencia jurídica necesaria para la salvaguarda de sus intereses.

La Comisión del Migrante ejerce la defensa técnica en sede administrativa y judicial en los casos de personas migrantes: a) personas detenidas a disposición de la justicia federal en procesos de expulsión que no posean voluntad recursiva; b) personas detenidas a disposición de la justicia federal que se

opongan a la expulsión; c) personas detenidas cuyo trámite de expulsión devenga de una condena dictada por un tribunal provincial y se opongan a su salida del país; d) personas cuya expulsión sea consecuencia de una irregularidad administrativa y se opongan a su expulsión; y e) personas en libertad cuya expulsión provenga de una condena penal, y su legajo trámite ante la Dirección Nacional de Migraciones -delegación Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

La defensa pública ha sido y es un servicio público clave para garantizar el acceso a los derechos y es imprescindible cuando la persona que tiene necesidades jurídicas está en condición de vulnerabilidad, pues en un gran porcentaje de casos será la única opción que tendrá para tener protegidos sus derechos.

La autonomía e independencia de la que goza el servicio de asistencia jurídica gratuita brindada por nuestro país a través de la defensa pública oficial resultó y resulta fundamental en el caso de la defensa de las personas migrantes, pues muchas de sus necesidades jurídicas son contrapuestas a las que dictan los intereses de los gobiernos en materia de movilidad humana y acceso a derechos.

A través de la defensa pública, en el contexto de pandemia aquí analizado, se aseguró la existencia de mecanismos de defensa de derechos y acceso a la justicia ante violaciones de derechos humanos, incluidos los DESCA, por parte de los distintos actores del Estado, bajo la convicción que las medidas adoptadas en la atención y contención de la pandemia debían tener como centro el pleno respeto de los derechos humanos.

VI. Conclusión

En el ámbito interno argentino se puso en evidencia la necesidad de contar con herramientas de política pública que tengan una mirada inclusiva respecto de la población

migrante, garantizando que la falta de documentación y/o residencia regular no se transforme en un obstáculo para el acceso y goce efectivo de derechos, en consonancia con lo establecido en la ley 25.871.

La pandemia y las medidas dispuestas por los distintos organismos del Estado para contener su avance dejaron expuestas a las personas migrantes (en especial, en situación migratoria irregular) a graves violaciones de sus derechos humanos.

La falta de observancia de una mirada inclusiva y universal en las medidas adoptadas introdujeron nuevos factores de desigualdad en este segmento de la población, que acrecentaron aún más su situación estructural de vulnerabilidad.

La experiencia ha demostrado que los organismos multilaterales, cualquiera sea su naturaleza, deben ayudar y cooperar de manera conjunta con los Estados bajo un enfoque de derechos humanos para buscar soluciones a los problemas y desafíos presentes y futuros que está ocasionando y ocasionará la pandemia.

Los desafíos extraordinarios que dejó esa situación inédita deben ser abordados a través del diálogo y la cooperación internacional y regional conjunta, solidaria y transparente entre todos los Estados.

Las personas en contexto de movilidad humana requieren de acciones clave, acceso irrestricto a derechos y servicios sociales, garantizados en base a la universalidad, sin discriminación de tipo de residencia, de antigüedad, género o situación migratoria.

En este sentido, es imperativo que los Estados adopten medidas que aseguren la no discriminación y tomen en cuenta todos los factores que incrementan los niveles de vulnerabilidad de las personas migrantes.

Bibliografía

Jiménez Mayor, Juan F. y Noemí Alarcón Velasco. 2020. *Acceso a la justicia de personas en contexto de movilidad humana Diagnóstico regional y buenas prácticas*, Colección Eurosocial.

Jurisprudencia nacional

Juzgado Federal de la Seguridad Social N°1 “Polanco Familia D.A. c/ Anses s/ Amparo y Sumarísimo” (Expte. 11633/20) sentencia del 28 de julio de 2020.

Documentos de organismos internacionales

CIDH, *Pandemia y Derechos Humanos en las Américas*. Resolución Nro. 1/2020. Adoptada el 10 de abril de 2020.

Secretaría de Acceso a Derechos y Equidad: Guía Práctica de respuestas inclusivas y con enfoque de derechos ante el COVID-19 en las Américas [Publicado por la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos]. (OAS. Documentos oficiales; OEA/Ser.D/XXVI).

Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familias de la ONU y Relator Especial sobre los Derechos Humanos de los Migrantes de la ONU, *Nota de Orientación conjunta acerca de los impactos de la pandemia del COVID-19 sobre los derechos humanos de las personas migrantes*, 26 de mayo de 2020.

Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en condición de Vulnerabilidad, que ha tenido lugar en Brasilia durante los días 4 a 6 de marzo de 2008.

Documentos de organismos nacionales

Poder Ejecutivo Nacional. Decreto de Necesidad y Urgencia N° 297/2020 de fecha 19/03/2020 publicado en el B.O. el 20/03/2020, subsiguientes y concordantes.

Poder Ejecutivo Nacional. Decreto 310/2020 de fecha 23/03/2020 publicado en el B.O. el 24/03/2020.

Ministerio del Interior. Resolución del Ministerio del Interior 48/2020 de fecha 28/03/2020 publicada en el B.O. el 29/03/2020.

Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social Secretaría De Seguridad Social. Resolución de la Secretaría de Seguridad Social N° 8/2020 de fecha 30/03/2020 publicada en el B.O. el 31/03/2020.

Ministerio Público de la Defensa. Defensoría General de la Nación. Resolución DGN 1858/2008 de fecha 28/11/2008.

Leyes

Ley Orgánica del Ministerio Público de la Defensa N° 27.149.

Ley de Migraciones N° 25.871.

Decreto Reglamentario de la Ley de Migraciones N° 610/2010.

El caso C.G.: un largo recorrido en búsqueda de soluciones duraderas

Rosario Muñoz

Abogada cum laude (UBA). Maestranda en Derechos Humanos y Derecho Humanitario (American University). Especialista en Políticas Públicas de Niñez, Adolescencia y Familia (SENAF/UNER). Defensora pública coadyuvante y secretaria de primera instancia en la Unidad de Relaciones Institucionales en el Ámbito Internacional de la Defensoría General de la Nación. Punto focal de la Red Interamericana de Defensa de Personas en Contexto de Movilidad (AIDEF). Profesora de Derechos Humanos (UNPAZ). Autora de diversas publicaciones de opinión e investigación.

I. Introducción

El presente artículo no es un comentario a una sentencia ni el análisis del trámite de un proceso. Por el contrario, es el *racconto* de la historia de vida de una persona que, a lo largo de su proceso vital, va “tropezando” con el sistema judicial en búsqueda de una solución definitiva a su situación migratoria en la Argentina. La historia de C.G.¹ es similar a la de muchas otras personas migrantes que, en los últimos años especialmente, han abarrotado los tribunales federales; lograr que sus situaciones individuales y las particularidades de sus casos sean advertidas por los jueces y las juezas ha sido y sigue siendo un desafío inmenso para la defensa pública².

1 Si bien los expedientes de apelación de las órdenes de expulsión no suelen ser reservados, en esta publicación opté por referirme a su protagonista como “C.G.” considerando el alto grado de exposición de su vida personal y familiar que requiere la comprensión del caso, sumado al involucramiento de niños y niñas.

2 Vaya aquí mi reconocimiento a mis antiguos compañeros y antiguas compañeras de la Comisión del Migrante de la Defensoría General de la Nación, quienes todos los días renuevan su compromiso con la tarea encomendada: ser verdaderas herramientas de acceso a la justicia para un grupo en particular situación de vulnerabilidad.

El objetivo de estas líneas es reflexionar acerca de las modalidades de intervención de la defensa pública, qué podemos hacer con los recursos con los que contamos, cómo mejorar nuestra labor trabajando de manera conjunta o sucesiva entre distintas oficinas competentes y con una mirada transversal e interseccional que dé cuenta de todas las aristas del caso. Y vale aclarar que detrás -o, mejor, delante- del caso hay una persona.

II. La llegada de C.G. a la República Argentina y sus primeros años en el país

C.G. creció en una familia que subsistía merced a los ingresos que obtenía por la comercialización de plátanos en una pequeña parcela en una zona rural de Bolivia. Tempranamente abandonó la escuela primaria y, siendo aún adolescente, fue enviada a Santa Cruz de la Sierra a trabajar a cambio de un módico salario con el que apenas cubría sus necesidades más elementales. Ello fue determinante para resolver, a los 21 años, migrar a Buenos Aires. Así, C.G. llegó a la Argentina a comienzos del año 2009.

Decir que viajó en búsqueda de mejores oportunidades laborales es quizá una simplificación: los motivos que llevan a una persona a migrar no suelen ser únicos ni unidireccionales; por el contrario, como establece Sassen (2017, 29), se inscriben “en la intersección de diversos procesos económicos y geopolíticos que vinculan a los países implicados; no son el simple resultado de la búsqueda individual de mejores oportunidades”, agregando que “quienes tienden a emigrar de forma definitiva suelen ser gentes con graves problemas en sus países de origen. Los datos demuestran que tener bajos ingresos no basta para que la gente deje su comunidad, en la que son seres plenos y complejos” (18).

Sin mayores redes de contención en este país, C.G. empezó a trabajar como ayudante

de costura y pronto estableció una relación de pareja con B.L.C., quien, desde el inicio, comenzó a ejercer violencia sobre ella. Antes de que finalizara el año 2009 nació su primera hija (E.A.). En ese mismo contexto de violencia nacieron F.C en 2011. Y M.C. en 2013. Sólo su hija mayor fue reconocida legalmente por su progenitor, por lo que, tanto en los “papeles” como en la vida cotidiana, C.G fue y sigue siendo- el único sostén económico y afectivo del grupo familiar.

Las actividades de B.L.C., además, arrastraron a C.G. a un proceso penal donde fue condenada, en el año 2015, a cuatro años y tres meses de prisión en calidad de coautora penalmente responsable del delito de tráfico de estupefacientes en su modalidad de transporte³. Durante el trámite de la causa, no se advirtió la situación de extrema vulnerabilidad en la que se encontraba ni la violencia de que era víctima, y así fue ponderada la pena impuesta, sin ninguna perspectiva de género.

Como sostiene Laurenzo Copello (2020, 172) “todos los estudios sobre mujeres encarceladas por delitos de drogas coinciden en dibujar un perfil de alta vulnerabilidad y condiciones extremas de exclusión social” donde su función de

protección de la familia, tan asociada a los roles de género, explica que en otras ocasiones las mujeres asuman la responsabilidad de ciertas operaciones de pequeño tráfico o tenencia de droga en el domicilio familiar que en realidad pertenece a sus parejas o a sus hijos (Acale 2016, 906) o que asuman personalmente la condición de traficantes para encubrir a los miembros (masculinos) del grupo familiar y evitarles penas más gravosas (...). A lo que debemos añadir el

3 Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 5, sentencia del 11 de febrero de 2015, en el marco de la causa N° FSM 76001688/2013/TO1 (3290).

factor de dependencia afectiva de sus parejas masculinas que muchas veces las impulsan, o incluso las coaccionan, para que se impliquen en operaciones de narcotráfico controladas por ellos (...) (173).

Pese a ello, las estrategias de defensa que relacionan el hecho imputado con la relación sentimental y la posible coacción directa derivada de tal relación y de un posible contexto de violencia, suelen ser ignoradas o rechazadas por los jueces y juezas, fiscales y fiscalas (cfr. Asensio, Di Corleto, González 2020).

En efecto, si bien la trayectoria vital de C.G. en este país “tropezó” casi permanentemente con el sistema judicial, muy pocos actores de ese sistema advirtieron la extrema vulnerabilidad en la cual se encontraba y que condicionaba la totalidad de sus decisiones o, antes bien, determinaba su imposibilidad de decidir.

Allí fue entonces C.G., con su hija y su hijo a costas y cursando un embarazo, a cumplir su condena en la Unidad Penitenciaria N° 31. Tiempo después, el juez a cargo del Juzgado Federal de Primera Instancia de Campana N° 3, solicitó la intervención del Programa de protección integral de derechos de niñas y niños con madres privadas de la libertad de la Secretaría de Niñez, Adolescencia y Familia (SENAF). Sus informes fueron determinantes para que el juez de ejecución le otorgarse el arresto domiciliario, al igual que sus gestiones para efectivizarlo. Los y las profesionales de este Programa plasmaron en el papel las situaciones de violencia que atravesó C.G. desde el inicio mismo de la relación. No casualmente, el disparador de su intervención fue la negativa de la madre a que su hija fuera externada con su progenitor al cumplir los 4 años, precisamente por las situaciones de violencia a las que ello podría exponerla⁴.

4 De conformidad con el artículo 195 de la Ley de Ejecución 24.660, que establece “La interna podrá retener

De hecho, de esos años diría después “pero yo en la cárcel, fijese, que estuve bien, mejor que en mi casa, porque no sentía el acoso de todos los días, nadie me maltrataba como él”⁵.

Tras recuperar su libertad en mayo de 2017, C.G. pasó a desempeñarse como cocinera en un comedor comunitario, donde encontró no sólo una inserción laboral sino también una red de apoyo material y simbólico. Con su situación habitacional resuelta y sus hijos e hijas escolarizados, quizá pensó que empezaba una nueva etapa en este país. Pero sus problemas no acabaron allí.

III. El trámite de expulsión

Al tomar conocimiento de la sentencia dictada en la causa penal, la Dirección Nacional de Migraciones dictó una orden de expulsión⁶ declarando irregular su permanencia en el país en los términos del art. 29 inc. c de la ley 25.871⁷ y

consigo a sus hijos menores de cuatro años. Cuando se encuentre justificado, se organizará un jardín maternal a cargo de personal calificado”.

5 Informe social elaborado por el Programa de Atención a las Problemáticas Sociales y Relaciones con la Comunidad de la Defensoría General de la Nación, de fecha 30 de mayo de 2018.

6 Disposición 96005 de fecha 28 de abril de 2016.

7 Ley 25.871, art. 29 inc. c: “Serán causas impeditivas del ingreso y permanencia de extranjeros al Territorio Nacional:(...) c) Haber sido condenado o estar cumpliendo condena, en la Argentina o en el exterior, o tener antecedentes por tráfico de armas, de personas, de estupefacientes o por lavado de dinero o inversiones en actividades ilícitas o delito que merezca para la legislación argentina pena privativa de la libertad de tres (3) años o más”. Cabe recordar que la interpretación de este inciso fue zanjada por la CSJN, haciendo lugar a un planteo de la defensa pública, en el precedente “Apaza León, P. R. c/ EN – DNM disp. 2560/11 (exp. 39.845/09) s/ recurso directo para juzgados”, sentencia del 8 de mayo de 2018. Más recientemente, en Peralta, Crispín Antonio c/ EN –M Interior DNM – resol 111/12 (ex 814477/06 80160/09) s/ recurso directo DNM, senten-

prohibiendo su reingreso en forma permanente.

Contra dicha decisión se interpuso un recurso de reconsideración con jerárquico en subsidio; sin embargo, la autoridad administrativa consideró, por todo fundamento, que “la extranjera acredita tener hijos argentinos. Empero, la naturaleza del delito por el que fuera condenada obsta a la revisión del temperamento oportunamente adoptado”, emitiendo una nueva decisión⁸ que fue notificada a la Comisión del Migrante en agosto de 2017, ya en plena vigencia del Decreto de Necesidad y Urgencia 70/2017⁹.

Así, se aceleraron los tiempos de su proceso. La demanda debió interponerse en el exiguo plazo de tres días¹⁰. En el escrito de inicio se alegó la preminencia que debían tener sus vínculos familiares en el país, realizando el consabido test de razonabilidad de una medida restrictiva de derechos, requiriendo la aplicación en el caso de la dispensa establecida en el

cia del 16 de diciembre de 2021, la CSJN volvió a pronunciarse sobre este inciso en orden al delito de estupefacientes en particular.

8 Disposición 162263 de fecha 23 de agosto de 2017.

9 El DNU 70/2017 del 31 de enero de 2017 rigió hasta el 4 de marzo de 2021 cuando mediante DNU 138/21, el presidente Alberto Fernández resolvió dejarlo sin efecto, considerando que “...se observan diversos aspectos de fondo en dicho decreto que resultan irreconciliables con nuestra Constitución Nacional y con el sistema internacional de protección de los derechos humanos, entre los que cabe mencionar: la violación al principio del debido proceso, al derecho a contar con asistencia y defensa legal, la restricción a un control amplio y suficiente del poder judicial sobre los actos de la autoridad administrativa, la amplitud con la que se prevé la retención preventiva del y de la migrante sin definir las causas que la habilitan y la restricción a los derechos de reunificación familiar y dispensa por razones humanitarias”. A la par, retornó la plena vigencia de la ley 25.871 en su redacción original.

10 Tomó intervención el Juzgado en lo Contencioso Administrativo Federal Nro. 3, dándose inicio al expediente N°. 59609/2017.

art. 29 in fine de la ley 25.871¹¹. De igual modo, se alegó la necesidad de adoptar una decisión que, en el caso, contemple el interés superior de los niños y las niñas afectadas por la medida de expulsión, garantizándose su derecho a ser oídos y oídas mediante la intervención de un/a funcionario/a especializado/a que representase sus derechos e intereses.

La sentencia fue dictada el 9 de mayo de 2018. Ni una sola línea del fallo se dedica a ponderar la posible afectación de derechos de los niños y niñas involucrados. Tampoco se da intervención a un funcionario/a especializado/a en su representación. Luego, partiendo del postulado de que los actos administrativos constituyen el ejercicio de un poder propio de la Administración, controlados por el Poder Judicial en orden a su razonabilidad, sin que esto habilite a los jueces a sustituir el criterio administrativo por el suyo propio, salvo que se demuestre que ha mediado error (de hecho o de derecho), omisión, o vicio con entidad suficientes para invalidar el acto dictado; la jueza considera que la situación ha sido debidamente ponderada por

11 Ley 25.871, art. 29 in fine: “La Dirección Nacional de Migraciones, previa intervención del Ministerio del Interior, podrá admitir, excepcionalmente, por razones humanitarias o de reunificación familiar, en el país en las categorías de residentes permanentes o temporarios, mediante resolución fundada en cada caso particular, a los extranjeros comprendidos en el presente artículo”. Para la interpretación de esta última parte de la norma, la defensa pública promueve la realización de un test de razonabilidad o proporcionalidad, ejercicio acuñado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su jurisprudencia y receptado por el sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Para un análisis extenso sobre este punto ver Kohan y Muñoz 2021 y Muñoz 2017. Este planteo, salvo contadas excepciones, ha sido receptado únicamente en los precedentes de la Sala V del fuero en lo Contencioso Administrativo Federal de la CABA. Ver también: Cámara Federal de Apelaciones de Mendoza, sala A, [Rodríguez Fernandez \(causa N° 25017\)](#), sentencia del 07 de agosto de 2019.

la Dirección Nacional de Migraciones¹². En prueba de ello, se remitió a los fundamentos de la autoridad administrativa, destacando que "...podría ocurrir una generalizada proliferación de los vínculos previstos en la norma con fines exclusivamente regularizadores de situaciones migratorias, que desvirtuarían su *ratio legis*, el sentido o el espíritu del precepto perseguido por aquella al desnaturalizar la institución en cuestión"¹³, como argumento para no priorizar el derecho a la unidad familiar. A ello, la jueza suma la supuesta falta de acreditación de C.G. como sostén económico y emocional de sus hijos e hijas, teniendo en cuenta los años en los que se encontró privada de la libertad.

Como vemos, se juzgaron en la sentencia decisiones personalísimas sin ninguna consideración a la situación de extrema vulnerabilidad en la que se encontraba C.G., entendiendo, además, que su sola privación de la libertad le ha impedido cumplir con su rol de "buena madre". Ello, en uso de preconceptos de género que evidencian la expectativa que sobre el rol materno suelen tener las y los operadores judiciales.

Al tiempo de apelar la sentencia, se hizo saber que C.G. había iniciado una nueva rela-

ción sentimental y que se encontraba cursando un embarazo. Al radicarse el expediente ante la Sala III de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal se informó el nacimiento de su cuarto y último hijo M.A., nacido en mayo de 2018. A la par, se acompañó informe elaborado por el Programa de Atención a las Problemáticas Sociales y Relaciones con la Comunidad de la Defensoría General de la Nación¹⁴. Entre sus consideraciones, las profesionales consignaron que

(...) Aún en ese complejo marco en el que no contaba con una red socio familiar ni institucional de apoyo, siempre sostuvo los cuidados de sus hijos -todos nacidos en la República Argentina- que actualmente suman cuatro, para quienes constituye su cuidadora primaria (...) En este punto, entiendo relevante señalar que las operadoras de la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia dieron cuenta en las sucesivas oportunidades en que se interactuó con ellas, mientras la Sra. Condori García estuvo privada de libertad -que pese a las enormes dificultades de todo orden que atravesó esta mujer en ese lapso-, siempre desplegó todas las estrategias a su alcance para brindar protección a sus niños.

Luego de realizar un recuento de su historia, las profesionales concluyeron que C.G. "ha ocupado a lo largo de toda su vida posiciones de subordinación en diversos sistemas de jerarquización social, como el de género, de clase, de nacionalidad y el étnico-racial", entendiéndolo imprescindible que se conside-

12 Ya desde el precedente "Fernández Arias" (Fallos: 247:646), la CSJN ha admitido la actuación de cuerpos administrativos con facultades jurisdiccionales, aunque enfatizando que la validez de los procedimientos se halla supeditada al requisito de que las leyes pertinentes dejen expedita la instancia judicial posterior, debiendo ser el control judicial amplio y suficiente.

13 Este ha sido un argumento muy utilizado por la Dirección Nacional de Migraciones, asociar la generación de vínculos en el país -particularmente, el nacimiento de hijos e hijas- a una supuesta estrategia de la persona migrante quien luego utilizaría a niños y niñas "como escudos judiciales" para lograr su permanencia en el país. Ver contestación de demanda de la Dirección Nacional de Migraciones en "Centro de Estudios Legales y Sociales y Otros C/ EN-DNM S/AMPARO LEY 16.986", Expediente 3061/2017.

14 Es importante destacar que los exigüos plazos procesales que fijaba el entonces vigente DNU 70/2017 atentaban contra la posibilidad de aportar la totalidad de las medidas probatorias en tiempo oportuno, por ejemplo, un informe social que es el producto de una o varias entrevistas con la persona migrante para conocer en forma acabada su situación socio familiar.

ren “las diversas capas de vulnerabilidad que han signado su historia vital y su rol de cuidadora primaria, para así ponderar ajustadamente los efectos que la misma pudiera tener sobre el desarrollo y bienestar de sus hijos”.

El 7 de agosto de 2018 la Sala III dictó sentencia reiterando, en lo sustancial, los argumentos de la jueza de primera instancia. En ese estado de cosas, se interpuso recurso extraordinario federal, cuya procedencia fue rechazada, debiéndose interponer un recurso de queja por extraordinario denegado a fines de diciembre de 2018.

IV. Los tiempos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

En este estado de cosas, se sumó una cuestión particular. La Dirección Nacional de Migraciones, entendiendo que el recurso de queja no produce efectos suspensivos, había comenzado a activar las retenciones de personas migrantes con recursos de queja en trámite. Por esta razón, al tiempo de informarle el estado de situación de su expediente, se le notificó a C.G la posibilidad de que fuera retenida con fines de efectivizar su expulsión. Mientras amamantaba a su hijo e intentaba asimilar la información, C.G. se preguntaba cómo podría viajar a Bolivia con sus hijos e hijas, si ninguno tenía documentación o permiso de residencia de dicho país, siendo argentinos y argentinas.

En forma paralela, manifestó que, nuevamente, estaba recibiendo amenazas de B.L.C., desconociendo si se encontraba en libertad y si podría acercarse a la escuela de sus hijos e hijas. Por ese motivo, desde la Comisión del Migrante se la derivó al Programa de Asistencia y Patrocinio Especializado en Violencia de Género de la Defensoría General de la Nación, donde fue asesorada y representada en el marco del expediente de violencia en trámite ante el Juzgado Nacional de Primera

Instancia en lo Civil N° 25. Allí se ordenó la prohibición de acercamiento de B.L.C. y se le otorgó a C.G. el cuidado personal de sus hijos e hijas en forma unilateral.

En un intento de resolver su situación de incertidumbre, a comienzos de 2019 la Comisión del Migrante presentó un escrito solicitando a la CSJN que, en forma excepcional, se decretase la suspensión de efectos del recurso de queja por tratarse de una madre de cuatro niños y niñas, el menor de ellos aún lactante, y teniendo en consideración el grado de afectación que la anticipación de la medida de expulsión tendría sobre el grupo familiar¹⁵. En subsidio, se requirió la inmediata resolución del recurso de queja. Además, en dicha presentación se requirió una vez más la intervención de la defensoría especializada para representar los intereses de niños y niñas en el expediente.

El 19 de junio de ese mismo año, la CSJN resolvió el pedido en los siguientes términos:

Que los argumentos aducidos en el recurso extraordinario y mantenidos en la queja pueden, prima facie involucrar cuestiones de orden federal susceptibles de examen en la instancia del art. 14 de la ley 48, por lo que la queja es formalmente admisible, sin que esto implique pronunciamiento sobre el fondo del asunto (art. 285 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Fallos: 295:658; 297:558; 308:249, entre otros). Por ello, se hace lugar a la queja, se declara formalmente admisible el recurso extraordinario y se decreta la suspensión del curso del proceso.

¹⁵ En situaciones de extrema excepcionalidad, en las que medien razones de orden institucional o de interés público, la CSJN ya había resuelto la suspensión de la ejecución de la sentencia (Fallos 295:658; 297:558; 308:249; 310:2241; 317:1447; 323:308), calificando la suspensión del juicio principal como una facultad que le asiste a ella y que tiene carácter estrictamente excepcional (Fallos 265:252).

El 22 de marzo de 2021 dictaminó la Procuración General de la Nación, considerando que debía confirmarse la sentencia de cámara. Tras ello, se dio vista al Defensor General Adjunto de la Nación, quien recordó, entre otros planteos, que es

doctrina invariable del Tribunal la descalificación de las sentencias que omiten dar intervención al ministerio pupilar para ejercer la representación promiscua cuando la resolución compromete en forma directa los intereses del menor de edad, por cuanto ello importa desconocer el alto cometido que la ley le ha asignado a dicho ministerio, y no solo menoscaba su función institucional sino que acarrea la invalidez de los pronunciamientos dictados en esas condiciones (ver Fallos: 341:424; 325:1347 y 330:4498; también doctrina de Fallos: 305:1945; 320:1291 y 332: 1115).¹⁶

Desde entonces el expediente estuvo en circulación sin registrar movimientos de trascendencia hasta el 6 de septiembre de 2022, cuando se dictó sentencia -que se analizará sobre el final del texto-.

Sin embargo, esos años que el expediente estuvo en la CSJN, no fueron años de quietud y reposo para la defensa pública. Todo lo contrario.

La pandemia impactó en forma diferenciada en la población en contexto de movilidad humana, agudizando su situación de vulnerabilidad como consecuencia de las medidas de restricción de circulación¹⁷. Quienes sos-

tenían su economía familiar con changas y empleo no registrado, vieron reducidos sus ingresos a cero. Las medidas gubernamentales que se implementaron no contemplaron las particularidades de este grupo poblacional -en ocasiones, por no advertirse; en otras, en forma deliberada-. Así, la defensa pública debió reclamar a la Dirección Nacional de Migraciones y restantes autoridades competentes la imposibilidad de tramitar permisos de circulación con número de certificado de residencia precaria¹⁸; también fue necesario litigar respecto de la imposibilidad de acceder al ingreso familiar de emergencia (IFE) por exigirse antigüedad en la residencia legal en el país¹⁹. Superados algunos obstáculos normativos, aun fue necesario un apoyo práctico permanente considerando la brecha digital que suele caracterizar a la población migrante.

Fue el caso, en efecto, de C.G., que solicitó ayuda cada vez que requirió permiso de circulación para retirar el bolsón de comida de la escuela pública de sus hijos e hijas. Además, surgieron necesidades específicas como un

2020; Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Declaración sobre la enfermedad por pandemia de coronavirus (COVID-19) y derechos económicos, sociales y culturales del 6 de abril de 2020 (Resolución E/C.12/2020/1); Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familias de la ONU y Relator Especial sobre los Derechos Humanos de los Migrantes de la ONU, Nota de Orientación conjunta acerca de los impactos de la pandemia del COVID-19 sobre los derechos humanos de las personas migrantes de fecha 26 de mayo de 2020.

18 Ver <https://www.mpd.gov.ar/index.php/noticias-feed/4970-migrantes-con-residencia-precaria-y-pueden-tramitar-el-certificado-para-circular>

19 Los casos fueron litigados por la Unidad de Letrados Móviles ante el fuero de la Seguridad Social, el Programa de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y las defensorías federales fuera del radio de la CABA. Ver <https://www.mpd.gov.ar/index.php/noticias-feed/5035-anses-debera-aceptar-que-dos-mujeres-migrantes-soliciten-el-ingreso-familiar-de-emergencia>

16 Dictamen del Defensor General Adjunto de la Nación de fecha 18 de junio de 2021.

17 Ver, por ejemplo, Secretaría de Acceso a Derechos y Equidad (OEA), “Guía Práctica de Respuestas Inclusivas y con Enfoque de Derechos ante el COVID-19 en las Américas” de fecha 7 de abril de 2020; Corte IDH, COVID-19 y Derechos Humanos, de fecha 9 de abril de 2020; CIDH, Pandemia y Derechos Humanos en las Américas, Resolución 1/2020 de fecha 10 de abril de

apoyo económico para sortear la falta de ingresos producto de las restricciones de circulación o la falta de acceso a notebooks de sus hijos e hijas por la situación migratoria de su madre, entre otras dificultades, derivadas todas ellas de su falta de documento de identidad²⁰.

V. Otras acciones que influyeron en la resolución final del caso

Mientras desde la Comisión del Migrante y las defensorías federales apostadas en el interior del país se sostenía el litigio caso a caso con plazos extremadamente breves y un cúmulo de trabajo en crecimiento exponencial²¹, otros actores del sistema emprendieron tareas de orden colectivo para traccionar por un cambio en la política migratoria derivada de la implementación del DNU 70/2017²².

20 A tales efectos, fue derivada a la Defensoría Pública Oficial ante el Juzgado Federal de Primera Instancia de Quilmes y, por su intermedio, a la Municipalidad de Quilmes.

21 En el informe anual de 2019, la Comisión del Migrante informó que había otorgado patrocinio en 705 recursos administrativos en tanto se iniciaron 497 recursos judiciales ante fuero Contencioso Administrativo Federal de la Ciudad de Buenos Aires. Durante ese año se interpusieron 426 apelaciones, memoriales y expresiones de agravios contra sentencias de primera instancia desfavorables para los migrantes y 309 recursos extraordinarios federales o quejas por REF denegados. En el año 2018 se habían presentado 408 demandas -casi 100 demandas más de un año al siguiente por impacto de la aceleración de los plazos previstos en el DNU 70/2017-.

22 Así, desde el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) junto a otras organizaciones de la sociedad civil se inició el amparo “Centro de Estudios Legales y Sociales y Otros C/ EN-DNM S/AMPARO LEY 16.986”, (Expediente 3061/2017) requiriendo la inconstitucionalidad del DNU 70/2017 en favor del colectivo de personas migrantes. En su sentencia de fecha 22 de marzo de 2018, la Sala V de la Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal decretó la inconstitucionalidad de dicha norma entendiéndola contraria a los compromi-

En ese entonces, el Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, en el marco de los procesos de revisión periódica, requirió información al Estado argentino sobre la situación de la población migrante en el país. Desde el Programa para la aplicación de instrumentos de derechos humanos de la Defensoría General de la Nación, se trabajó intensamente y en contacto con la Comisión del Migrante para presentar un informe que diera cuenta de los principales inconvenientes y vulneraciones a derechos humanos derivados de la normativa vigente²³.

Así, en el informe se destacan, entre otras cuestiones, que

El hecho de que el DNU N° 70/2017 haya establecido que la dispensa por motivos de reunificación familiar es una facultad exclusiva de la Dirección Nacional de Migraciones que no puede ser revisada judicialmente, se ha traducido en una violación generalizada al derecho de los migrantes a un recurso judicial efectivo, lo que se evidencia en la enorme mayoría de casos, en los que las órdenes de expulsión son confirmadas por los tribunales sin analizar ni tener en consideración en absoluto la situación de vida y familiar de las personas afectadas.

Si bien el fuero Contencioso Administrativo Federal admite la posibilidad de revisión de las órdenes de expulsión dictadas por la DNM, lo hace únicamente respecto de los requisitos de procedencia del acto

sos internacionales asumidos por el Estado argentino y el propio texto de la Constitución Nacional. El caso fue declarado abstracto por la CSJN en fecha 27 de septiembre de 2022.

23 Informe de fecha 12 de agosto de 2019, disponible en https://www.mpd.gov.ar/pdf/aplicacion_derechos_humanos/CM%20Informe%20Alternativo.pdf

administrativo, (...). Así, en la gran mayoría de los casos los tribunales rechazan las pretensiones de la defensa, manifestando en sus sentencias que tales circunstancias no pueden ser analizadas por el Poder Judicial, sino únicamente por la Dirección Nacional de Migraciones.

De igual modo, se trabajó específicamente en un listado de madres con niños, niñas y adolescentes a cargo, cuya apremiante situación colocaba a las infancias en una situación de riesgo e incertidumbre. En ese listado de 125 casos, se encontraba enumerada C.G. Analiza el informe:

En cuanto a la perspectiva de género, preocupa especialmente al MPD la falta de consideración de la Administración Pública y del Poder Judicial respecto de la situación de las mujeres con hijos pequeños a su cargo. Tanto la DNM como los tribunales confirman las órdenes de expulsión dictadas en su contra sin ponderar para nada sus circunstancias personales y familiares. Actualmente, la Comisión del Migrante se encuentra interviniendo en 125 casos judiciales en los que se encuentran recurridas órdenes de expulsión dictadas contra mujeres que tienen hijos/as o nietos/as menores de edad argentinos/as, o hijos/as menores de edad que se encuentran viviendo y arraigados/as en Argentina. (...) en 32 casos se trata de una familia monoparental y algunas de esas madres han sido, además, víctimas de violencia doméstica y cuyas órdenes de expulsión también fueron confirmadas sin tener en consideración su situación particular.

Varios de estos casos se encuentran actualmente recurridos y en instancia de revisión ante la CSJN. Entre ellos, cabe destacar el caso de una mujer, madre de cuatro menores de edad de nacionalidad argentina, que

fue víctima de violencia doméstica y de género por parte del padre de sus tres hijos mayores, y cuya orden de expulsión fue confirmada cuando todavía se encontraba amamantando a su hijo menor. (...).

Las observaciones que emitió dicho Comité fueron sumamente contundentes²⁴. Específicamente señaló que el Estado argentino debía adoptar medidas inmediatas para derogar, en la instancia pertinente, el Decreto N° 70/2017 y garantizar el respeto de las garantías procesales a las personas migrantes en pie de igualdad con los nacionales del Estado. A su vez, consideró muy grave la falta de patrocinio y representación legal independiente de los niños y niñas argentinos en particular y menores de edad de otras nacionalidades que se ven involucrados en las expulsiones forzadas de sus padres o tutores, y criticó que el ejercicio del derecho a la unidad familiar esté sujeto a la prueba de la convivencia familiar y al interés económico y afectivo demostrado por el migrante, determinado por las autoridades administrativas. Sin embargo, la recepción de tales recomendaciones por los tribunales argentinos fue nula²⁵.

24 Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, “*Observaciones finales sobre el segundo informe periódico de la Argentina*”, aprobadas en su 443° sesión celebrada el 11 de septiembre de 2019. Se une a las críticas que recibiera el DNU 70/2017 por parte del Comité de los Derechos del Niño y el Comité contra la Tortura quienes ya habían expresado su profunda preocupación y habían instado al Estado Argentino a derogar dicho decreto. Conf. “*Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados de la Argentina*” aprobadas por el Comité de los Derechos del Niño en su 2310° sesión celebrada el 1° de junio de 2018; y “*Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados de la Argentina*” aprobadas por el Comité Contra la Tortura en su 1537° sesión celebrada el 10 de mayo de 2017

25 Es importante destacar que, sin perjuicio de que el

Concomitantemente, al agotarse los recursos internos -con el rechazo del recurso extraordinario o el recurso de queja ante la CSJN-, se evaluó la posibilidad de acudir ante algún sistema de protección internacional de los derechos humanos por intermedio del Programa para la aplicación de instrumentos de derechos humanos. De esta forma, dos casos se denunciaron ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)²⁶ y otro ante el Comité de los Derechos del Niño (ONU)²⁷. En el marco de este último se dictó la Comunicación 90/2019²⁸ en la cual se solicitó al Estado argentino, como medida provisional, la no devolución de la madre de los autores a su país de origen mientras el caso se encuentre pendiente de examen ante el Comité.

A ello sobrevino el cambio de gestión de

gobierno y la apertura a un diálogo entre los actores relevantes del sistema. En el caso concreto, el Estado Argentino, a través de la Dirección Nacional de Migraciones, dictó el 20 de marzo de 2020 la Disposición SDX N° 37234, mediante la cual se resolvió suspender las medidas ordenadas contra la señora R.A.S.O.; esto es, la orden de expulsión y la prohibición de ingreso a nuestro país, permitiendo su radicación y posterior obtención del documento de identidad²⁹. Además, se organizó una mesa de diálogo entre la Dirección Nacional de Migraciones, la Secretaría de Derechos Humanos y el Ministerio Público de la Defensa que permitió resolver algunas cuestiones estructurales³⁰ y trabajar en casos críticos puntuales, en su mayoría incluidos en la lista presentada ante el Comité por ser, precisamente, las situaciones más apremiantes y de mayor vulnerabilidad.

DNU 70/2017 fue dejado sin efecto, lo cierto es que la gran mayoría de las recomendaciones de dicha observación no han perdido su vigencia, particularmente aquellas que se relacionan con la necesidad de realizar un test de razonabilidad y/o proporcionalidad de la medida y de ponderar el interés de niños y niñas viabilizando su derecho a ser oídos y oídas en todo asunto que los afecte o pueda llegar a afectarlos.

26 CIDH, petición 2326/2019 y medida cautelar 942/2019 correspondiente a B.E.M. y sus hijos. Fue presentada en fecha 10 de octubre de 2019. CIDH, petición 1406/2019 y medida cautelar 586/19 correspondiente a R.F.B. y su familia. Fue presentada con fecha 7 de junio de 2019.

27 Se trata del caso de la señora R.A.S.O., oriunda de Perú. En la presentación se denunció la afectación del derecho al interés superior del niño/a; el derecho de los/as niños/as a ser oídos, a que su opinión sea tenida debidamente en cuenta y a participar en el proceso judicial o administrativo que los/as afecte; el derecho de los/as niños/as a no ser separados de sus padres y a no ser objetos de injerencias arbitrarias o ilegales en la vida privada; el derecho de los/as niños/as a su supervivencia y al desarrollo; y el derecho de los/as niños/as a preservar su identidad e integridad personal, consagrados en los artículos 3.1, 6, 7, 8, 9.1, 9.2, 12.1, 12.2, 16, 27 y 37 de la Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por nuestro país el 4 de diciembre de 1990.

28 Comité de los Derechos del Niño, Comunicación 90/2019 de fecha 10 de julio de 2019.

29 La disposición citada tuvo en consideración la caducidad registral de la condena penal que había motivado el dictado del acto administrativo, así como la condición de madre de niños argentinos de la señora S.O. El texto de la disposición señala que dichas circunstancias constituyen hechos de entidad suficiente para ameritar la suspensión de oficio de la orden de expulsión y de prohibición de reingreso, en los términos del artículo 12 de la Ley de Procedimientos Administrativos N° 19.549, que faculta al órgano —de oficio o a pedido de parte y mediante resolución fundada—, a suspender la ejecución de un acto administrativo por razones de interés público o para evitar perjuicios graves al interesado. Posteriormente, la residencia permanente le fue otorgada al amparo del criterio previsto en el artículo 22, inciso a) del Decreto N° 616/10, que establece que el extranjero que solicita su residencia permanente debe acreditar ser cónyuge, progenitor o hijo de argentino nativo, naturalizado o por opción, teniendo en consideración los principios de unidad, sostén y el derecho de reunificación familiar.

30 Por ejemplo, el contenido de las cédulas de notificación de los actos administrativos de la Dirección Nacional de Migraciones, para darles mayor claridad y proporcionar los datos de la defensa pública en los términos del art. 86 de la ley 25.871 y su decreto reglamentario.

Así, se puntualizó en la situación de C.G. Como consecuencia de ello, el 16 de marzo de 2022, la Dirección Nacional de Migraciones dejó sin efecto la orden de expulsión antes dictada intimándola a iniciar su trámite de radicación, considerando

Que la extranjera acreditó con la documentación pertinente su condición de progenitora de nacionales argentinos menores de edad, los cuales se encuentran en situación de vulnerabilidad, por lo cual, resulta procedente brindarle una oportunidad de regularizar su situación migratoria, ocasión en la que se evaluará la aplicación de la dispensa prevista en el artículo 29 "in fine" de la Ley N° 25.871.³¹

Una vez más, el acompañamiento de la Comisión del Migrante fue central para que pudiera cumplir con todos los requerimientos en un sistema esencialmente informatizado y digitalizado.

Unos meses después, el 11 de agosto, la Dirección Nacional de Migraciones le otorgó su residencia permanente por ser progenitora de nacionales argentinos (cfr. art. 22 de la ley 25.871) considerando que “acompañó constancias que permiten tener por acreditadas las razones humanitarias o de reagrupación familiar que requiere la norma para habilitar el procedimiento de excepción”³². Esta disposición la habilita a tramitar su documento de identidad, oportunidad por la que aguardó más de diez años.

VI. La sentencia de la CSJN

Aun así, el 6 de septiembre de 2022 la CSJN dictó sentencia en el caso de C.G. A la luz de sus pronunciamientos recientes en

31 Disposición 035087 de fecha 16 de marzo de 2022.

32 Disposición 121159 de fecha 11 de agosto de 2022.

materia migratoria, las perspectivas de éxito podían considerarse bajas, por no decir nulas.

En efecto, en el precedente “Barrios Rojas”, el Máximo Tribunal concluyó que la dispensa por razones de índole familiar receptada en el art. 29 in fine de la ley 25.871 –alegada en el caso de C.G.– es “discrecional para la administración y que solo puede ser concedida de modo excepcional y mediante resolución especialmente fundada”, por lo cual, “la decisión de la cámara implicó una indebida sustitución de las facultades que la ley atribuyó a la administración” pues “el límite para el ejercicio de esta facultad administrativa está dado por la prohibición de adoptar criterios discriminatorios (artículo 3, inciso f, de la ley)”³³. Así, confirmó la orden de expulsión de una mujer migrante que residía en este territorio desde 1994, habiendo contraído matrimonio en Argentina, que tenía a su madre, hermanas y sobrinos aquí, además de un trabajo formal; sopesando de manera determinante la comisión de un único delito por el cual había sido

33 CSJN, Barrios Rojas, Z. C. c/ EN -DNM resol. 561/11- (exp. 2091169/06 (805462/95)) y otro s/ recurso directo para juzgado, sentencia del 24 de Septiembre de 2020. Este pronunciamiento fue seguido por otras decisiones que delinean un panorama complejo para las personas en contexto de movilidad humana en Argentina. Así, por ejemplo, en el caso “Otoya Piedra” la CSJN agregó que los impedimentos de ingreso o permanencia del art. 29 de la ley 25.871, son “una regla legal que la Dirección Nacional de Migraciones tiene el deber de acatar”. Por lo tanto, consideran que la norma migratoria “exige que la autoridad administrativa dicte una resolución fundada cuando, en virtud de una decisión discrecional, concede la dispensa a la expulsión por razones de reunificación familiar” (CSJN, Otoya Piedra, César Augusto c/ EN - DNM s/ recurso directo DNM, sentencia del 7 de diciembre de 2021). En “Huang, Qiuming”, la CSJN convalidó la orden de expulsión dictada en su contra por haber ingresado en forma irregular al país pese al tiempo transcurrido y los lazos acreditados en el expediente (CSJN, “Huang, Qiuming c/ EN - DNM s/ recurso directo DNM”, sentencia del 7 de diciembre de 2021). Para un análisis más extenso de este punto ver Axat 2022 y Ceriani Cernadas y Odriozola 2022.

condenada en 1999, antecedente que ya se encontraba caduco al tiempo de fallar³⁴.

En esta oportunidad, la CSJN diferencia el caso de C.G. de los precedentes “Barrios Rojas” y “Otoya Piedra” por considerar que aquí se discuten razones de reunificación familiar que atañen a personas menores de edad, y

la solución de la controversia planteada en autos exige, en primer término, verificar si la actora aportó elementos suficientes para acreditar la existencia de un riesgo cierto, no conjetural ni hipotético, de que la implementación de la medida de expulsión dispuesta por la Administración coloque a los hijos menores de edad de la migrante en situación de desamparo. En caso de que la respuesta sea afirmativa, deberá seguida-

mente determinarse si, a la luz del principio del interés superior del niño, el a quo ejerció un legítimo control de la legalidad y razonabilidad de la decisión de la Administración de denegar, en tales particulares circunstancias, la dispensa por razones de reunificación familiar solicitada.³⁵

Así, dando cuenta del informe socio-ambiental y restantes constancias agregadas en autos, los jueces concluyen que “la actora y sus hijos menores de edad se encuentran en una situación de extrema vulnerabilidad y la medida de expulsión ordenada importa para estos últimos un riesgo cierto de desamparo”³⁶, encontrándose acreditado el altísimo grado de dependencia de sus hijos menores de edad para su subsistencia y desarrollo tanto en el plano psicológico y emocional, como económico. Sostiene la CSJN que

34 Luego, en “Otoya Piedra” -sentencia del 7 de diciembre de 2021- la CSJN confirma la orden de expulsión de una persona con un arraigo de veinte años, padre de dos hijos (uno menor de edad de nacionalidad argentina) y abuelo de nietos argentinos. Desde allí y hasta mediados de junio 2022, la CSJN resolvió otros quince casos en forma similar aunque sin analizarlos, aplicando el art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Se trata de las sentencias, según fecha, número de causa y carátula: a) 28/06/2022: CAF156/2019, Molinas Ramírez, Primo Edgar c/ EN-DNM; b) 03/05/2022: CAF 079857/2017, “Valenzuela, Vladimir c/EN-DNM”; CAF 079389/2018, “Loaiza Martínez, Julio c/EN-DNM”; CAF 037204/2019, “Romisoncco Huauya, Jonhy c/ ENM-DN”; CAF 084029/2018, “Delgado Velásquez, César c/EN-DNM”; c) 26/04/2022, CAF 063644/2017, “Nunes Bello, William c/EN-DNM”; CAF 021348/2011, “Van DenBossche, Peter c/EN-DNM”; d) 29/03/2022, CAF 040989/2017, “Lozano Almeyda, Tomy c/ EN-DNM”; CAF 037222/2013, “Trujillo Vásquez, Juan c/ EN-DNM”; e) 15/03/2022, CAF 063510/2018, “Vargas-Vásquez, Ángela c/EN-DNM”; CAF 047166/2018, “Huayta Quispe, Freddy c/EN-DNM”; f) 03/03/2022, CAF 074305/2018, “Hernández, John c/EN-DNM”; CAF 058851/2018, “Bianchi Fabre, César c/EN-DNM”; CAF 056346/2018, “Britez González, Juan c/EN-DNM”; y g) 16/12/2021, CAF 040105/2012, “Peralta Crispin, Antonio c/EN-DNM”. Este análisis le pertenece a: Ceriani Cernadas Odriozola 2022.

de las constancias obrantes en el expediente surge en forma manifiesta que dicho peligro de desamparo no es hipotético ni meramente conjetural, sino la previsible consecuencia derivada de la separación física de la migrante y sus hijos menores de edad, puesto que ella –único progenitor con quien tres de los niños mantienen vínculo– es su cuidadora primaria y proveedora de lo necesario para su subsistencia y desarrollo. Frente a las peculiares circunstancias adversas descriptas en el considerando precedente, la alternativa de que los hijos abandonen el territorio nacional junto a su madre también les resultaría especialmente gravosa, por cuanto en su actual centro de vida reciben una contención y

35 CSJN, “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa C. G., A. c/ EN – DNM s/ recurso directo DNM”, sentencia del 6 de septiembre de 2022, considerando 10.

36 Ídem, considerando 13.

asistencia que se revela fundamental para su desarrollo integral (...).³⁷

De tal forma, pondera el Tribunal que aquí sus hijos e hija gozan de una vivienda digna, se encuentran regularmente escolarizados en el sistema de educación pública, participan en un programa de apoyo y ayuda en materia educativa y, por intermedio de su madre, ven cubiertas sus necesidades alimentarias. Sin embargo, nada de ello fue ponderado por la Cámara de Apelaciones, refiere la CSJN, al tiempo de ejercer el control de legalidad y razonabilidad de los actos cuestionados en la causa pues “la sentencia no abordó los agravios referentes a los graves perjuicios que la medida dispuesta irrogaría a los hijos menores de edad de la actora. Ni siquiera hizo mención del principio del interés superior del niño”³⁸.

Por tales motivos, hace lugar al recurso y ordena dejar sin efecto la sentencia apelada. Sin embargo, teniendo conocimiento de lo resuelto en sede administrativa previamente, la CSJN aclara que, aun cuando pudiera considerarse que la causa carece de objeto actual y por tanto la decisión podría ser inoficiosa, esa regla se ha exceptuado en casos que son susceptibles de repetirse en el futuro o que involucran a grupos que por mandato constitucional deben ser objeto de preferente tutela por su condición de vulnerabilidad o bien que tradicionalmente han sido postergados, o en su caso, débilmente protegidos, pues “allí la naturaleza de los derechos en juego excede el interés de cada parte, y al mismo tiempo, pone en evidencia la presencia de un fuerte interés estatal para su protección, entendido como el de la sociedad en su conjunto”³⁹.

37 Ídem, considerando 14.

38 Ídem, considerando 15.

39 Ídem, considerando 17.

De tal forma, el voto mayoritario concluye que

es posible sostener que la voluntaria suspensión de la conducta considerada ilegal por el recurrente, no priva al tribunal de analizar y resolver la causa ya que el demandado puede volver a aplicar la ley migratoria del modo debatido, lo que junto con el interés público existente en determinar la legalidad del proceder impugnado pone de manifiesto la necesidad de un pronunciamiento del Tribunal sobre el recto alcance de la norma federal. Dicho de otro modo, no se trata de ponderar una situación temporaria y circunstancial sino de dejar sentado un criterio rector de relevancia institucional en casos en los que, como el presente, se halla en juego la protección integral de la familia y el interés superior del niño en materia migratoria.⁴⁰

Como puede verse, la CSJN consideró propicia la oportunidad para sentar jurisprudencia y fijar estándares para la resolución de futuros casos tanto para los tribunales inferiores como para la Dirección Nacional de Migraciones. Es de esperarse, entonces, que el Tribunal revise con ese mismo estándar la cartera de casos que se encuentran pendientes de su conocimiento y que muchos atañen a circunstancias similares, protegiendo del mismo modo el “interés superior del niño” y la unidad familiar.

Sin dudas, este fallo configura una respuesta adecuada a la labor desarrollada en el expediente, tanto en términos argumentativos como probatorios, además de representar un hito importante en el devenir de la jurisprudencia.

40 Ídem, considerando 17. El señor vicepresidente Carlos Fernando Rosenkrantz votó en disidencia, considerando que la cuestión devino abstracta, por lo cual no corresponde fallar.

dencia de la CSJN, nada favorable hasta este día en relación con la población migrante.

De todos modos, no puedo dejar de destacar que el precedente no parece ser tan fácilmente trasladable a otros, atento el hincapié que se realizara en la muy particular situación de vulnerabilidad de C.G. y su grupo familiar.

VII. Reflexiones finales

No sé si es este un litigio paradigmático, pero cierto es que muchos otros casos similares que fueron trabajados con el mismo ahínco no lograron llegar al mismo resultado. Que la estrategia haya sido exitosa para C.G. ha dependido de una multiplicidad de elementos analizados a lo largo de este artículo.

En efecto, han sido muchas las circunstancias que tuvieron que congeniarse para que C.G. llegara a regularizar en forma definitiva su situación en este país, lugar de residencia donde se encuentra profundamente arraigada, no sólo por el nacimiento de sus hijos e hijas sino también por la generación de otros múltiples lazos sociales, comunitarios y solidarios. Es cierto que muchos de esos factores han sido ajenos al trabajo de la defensa pública, pero debe destacarse que el litigio del caso a largo plazo y en forma sostenida, con mirada interdisciplinaria y de manera estratégica, aprovechando las “pequeñas ventanas” que se fueron abriendo en tiempo oportuno, tuvieron mucho que ver con su resultado final. Por supuesto, la determinación de C.G. y su inconmensurable paciencia fueron esenciales.

C.G. antepuso el cuidado y bienestar de sus hijos e hijas por sobre su propia integridad física; se capacitó y tomó las oportunidades de trabajo que se presentaron para constituirse como sostén único y principal de su hogar; pidió ayuda y se dejó ayudar para no abandonar el entramado de procesos -sucesivos y superpuestos- que la tuvieron y la tienen por protagonista en este país -por sí y en

representación de sus hijos e hijas-. El sistema judicial le pidió infinidad de pruebas y la juzgó con rigor sin hacerse cargo –sino hasta el final de su trámite judicial– de las múltiples vulnerabilidades que la atravesaban en tanto mujer, migrante, víctima de violencia, madre soltera, pobre y prácticamente analfabeta.

En el caso de C.G. intervinieron más de cinco áreas diferentes del Ministerio Público de la Defensa. La comunicación entre esas oficinas existió siempre que fue necesario y, cuando las estrategias así lo exigieron, también se trabajó en forma conjunta. De igual modo, se atendieron otras necesidades planteadas por C.G. que excedían el ámbito de competencia material y/o territorial del MPD. En todas las oportunidades, se procuraron derivaciones efectivas y particularizadas que evitaran su re victimización.

Como complemento de todo ese trabajo, en todas y cada una de sus interacciones con los y las integrantes de la Comisión del Migrante, C.G. fue siempre respetuosa y agradecida de la labor de la defensa pública. La notificación del otorgamiento de su radicación permanente y, luego, el fallo de la CSJN, fueron genuinamente celebrados por todos quienes tuvimos interacción con ella, conmovidos y conmovidos por un resultado que deseáramos fuera mucho más cotidiano.

Las políticas públicas y, en particular, la política migratoria de un país tan extenso y complejo como Argentina, no se definen desde la casuística o un caso particular. Sin embargo, mirar de tanto en tanto el impacto que esas medidas generales tienen sobre una persona y su familia en concreto puede traernos luz sobre las leyes que se redactan, las excepciones que deberían contemplar y la labor de la administración pública y el Poder Judicial.

“La precariedad de la población inmigrante no es buena; conduce a la discriminación y al

odio”, dice Sassen⁴¹ y nos invita a pensar nuevas y renovadas formas de integración. Pienso -con esas palabras resonando- que quizás el desafío de los años venideros es lograr un mayor compromiso de la defensa pública con las tareas de incidencia y producción de datos duros. De esa manera, podremos lograr un mejor acercamiento con la población en cuestión para el diseño de leyes y políticas ajustadas a sus necesidades, en consonancia con los derechos de los que son titulares y que el Estado se ha comprometido a respetar y garantizar.

Bibliografía

- Sassen, Saskia. 2017. *Inmigrantes y ciudadanos. De las migraciones masivas a la Europa fortaleza*. Madrid: Siglo XXI editores.
- Laurenzo Copello, Patricia. 2020. “La responsabilidad penal de mujeres que cometen delitos en contextos de violencia de género o vulnerabilidad extrema”. En *Mujeres imputadas en contextos de violencia o vulnerabilidad Hacia una teoría del delito con enfoque de género*. Programa EUROsociAL, Colección Eurosocial N° 14, Madrid, España.
- Asensio, Raquel, Julieta Di Corleto y Cecilia González. 2020. “Criminalización de mujeres por delitos de drogas”. En *Mujeres imputadas en contextos de violencia o vulnerabilidad Hacia una teoría del delito con enfoque de género*. Programa EUROsociAL, Colección Eurosocial N° 14, Madrid, España.
- Kohan, Mariana y Muñoz, Rosario. 2021. “Expulsión de migrantes. Interés superior del niño. Test de razonabilidad TEDH. Case of Unuane v. United Kingdom, 24 de noviembre de 2020”. *Debates sobre derechos humanos*. N° 5, 393-402.
- Muñoz, Rosario. 2017. “La potestad de dispensa por razones de índole familiar, como facultad discrecional – exclusiva– de la Dirección Nacional de Migraciones”. *Estudios sobre jurisprudencia*. Ministerio Público de la Defensa.
- Axat, Julián. 2022. “Criterios regresivos de la Corte Suprema en materia de derechos humanos de migrantes”. *Revista Pensamiento Penal*, ISSN 1853-4554, Marzo de 2022, No. 412.
- Ceriani Cernadas, Pablo e Ignacio Odrizola. 2022. “*Personas migrantes. Expulsiones. Niños y niñas. Educación*. CSJN, ‘Huang, Qiuming c/EN-DNM s/recurso directo DNM’; ‘Otoya Piedra, Cesar Augusto c/EN-DNM s/recurso directo DNM’, 7 de diciembre de 2021 y ‘Costa Ludueña, Peter Harry c/ UBA s/Amparo Ley 16.986’, 28 de octubre de 2021”. Publicado en <https://debatesdh.blogspot.com/?m=1>

41 Sassen, cit, pág. 194.

Teorías y perspectivas analíticas de la movilidad humana para la praxis en derechos humanos

Lila García (CONICET-UNMDP)

Investigadora adjunta del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET) con lugar de trabajo en el Centro de Derechos Humanos "Dra. Alicia Moreau" de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Mar del Plata. Doctora por la Universidad de Buenos Aires. Magíster en Relaciones Internacionales (UNLP). Abogada, orientación en Derecho Internacional (UBA). Directora del proyecto "Migraciones y Derechos Humanos. Dilemas de la emancipación y la regulación en el orden mundial contemporáneo" (2021-2022, UNMDP). Collaboration Partner en el proyecto "Causes of Inclusion and Exclusion: Immigrant Welfare Rights in Global Comparison", CRC 1342 "Global Dynamics of Social Policy". Universidad de Bremen (Alemania), 2022-2023. Tutora y docente en la Diplomatura en Migrantes y Protección de Refugiados, Facultad de Derecho, UBA.

En esta contribución retomo algunas explicaciones teóricas y analíticas en migraciones y, en particular, de perspectivas críticas para pensar sus efectos en la práctica en derechos humanos de las personas en movilidad. Tejer este puente entre un campo, el migratorio, bastante sobre diagnosticado en algunos aspectos, y el ejercicio puro que suele permitir poca reflexión teórica tiene en cuenta aquella máxima de Kant según la cual una práctica sin teoría es inútil y una teoría sin práctica es ciega. Repaso, así, la segmentación (en categorías, pero no solo) y sus efectos, el rol del Estado, su producción de realidad y la capacidad performativa del derecho y algunos riesgos del *humanitarismo*.

I. Introducción

El campo de estudios migratorio tiene mucho de sobrediagnóstico y poco de solución de problemas (García y Gandini 2020), aspecto este último donde el derecho (más afecto a esto de las soluciones que a teorías que lo piensen) puede hacer su contribución. En pos de ello, estas líneas tienen como objetivo entrelazar estas dos dimensiones para pensar los efectos en la práctica de los derechos humanos de algunos enfoques teóricos clásicos en migraciones y de otros más críti-

cos. Tengo en cuenta aquí que esta invención “sorprendente y paradójica” que son los derechos humanos está compuesta por una teoría (“una explicación, una comprensión, una teorización pero también por supuesto, una dimensión normativa y una hermenéutica”) y una práctica (“procedimientos, mecanismos de protección, exigibilidad y realización efectiva, dispositivos de aplicación al mismo tiempo que prácticas”, tanto judiciales como de operadores político-jurídicos en general) que mantienen entre sí una relación dialéctica (Raffin 2006). La propuesta es entonces recuperar alguna especificidad entre la teoría y la praxis de los derechos humanos de las personas en movilidad.

II. Conceptualizar la movilidad en términos de derechos

La primera recuperación tiene que ver con emplear los desarrollos teóricos y analíticos en torno a las definiciones de la movilidad para dar contenido al derecho a migrar en Argentina. En estos esfuerzos hay toda una línea que se desprende de aquella propuesta de H. Arendt de un “derecho a tener derechos” y que examina las posibilidades de un “derecho a ser miembro” (Benhabib 2004), un derecho “de fuga” (Mezzadra 2005), o simplemente “a estar” (Oberman 2011; Ochoa Espejo 2016), a la movilidad (Cresswell 2006; Estévez López 2006) y a la “seguridad territorial” (Ramji Nogales, 2015), solo por mencionar algunos. Todos ellos pueden ofrecer miradas complementarias para dar la mayor amplitud posible al derecho de personas migrantes, refugiadas y solicitantes de asilo “a migrar” (art. 4, ley 25871), cuyo contenido específico propuse en otra oportunidad (García 2013.b).

En general, en los últimos años, los estudios y la gestión de las migraciones y la movilidad humana han incorporado una mirada más o menos fuerte en derechos humanos.

Más fuerte al incorporar varias legislaciones un derecho humano a migrar (Argentina, Uruguay, Bolivia, Ecuador) y menos, al apelar al menos a un marco tal o reconocer algunos derechos específicos con caracteres de “humanos” (México, Brasil). También los espacios políticos de gestión de movilidad humana hicieron esta incorporación, aspectos todos que he analizado como un “giro humanístico” en la región (García 2016), acompañado también de avances en estándares de protección sobre todo por parte de los órganos de protección de derechos humanos a nivel interamericano.

Esta retroalimentación entre los procesos de integración, los procesos consultivos de migraciones, las políticas domésticas y el sistema de protección de derechos humanos se presenta, no obstante, con matices. Para algunos, los derechos humanos le darían apenas un rostro humano a la gestión migratoria, y también hay que decir que, desde los derechos humanos, los límites que impone para la facultad estatal respecto de fijar su política migratoria son bastante laxos, dejando todavía un importante margen de apreciación.

En Argentina, son las leyes de migraciones y de protección de refugiados, aprobadas en 2003 y 2006, respectivamente, los principales referentes normativos para la gestión de la movilidad humana con derechos humanos, cada uno con sus requisitos y autoridades de aplicación. Justamente, esta primera diferenciación en cuanto a marco normativo, autoridades de aplicación y hasta órganos al interior de la defensa pública legal está dada por la fragmentación de la movilidad, que es el primer aspecto a abordar.

III. Segmentar el movimiento

La segmentación de la movilidad humana es asumida como dada y tiene varios efectos; en muchos de ellos, las teorías clásicas fallan

también al tomarlos como verdades evidentes. Una de estas segmentaciones se organiza en torno a la distinción entre movilidad “forzada” y “voluntaria”, diferenciación tan ficticia que las explicaciones teóricas (muy concentradas sobre todo en dar cuenta de las “causas” que originan los movimientos -Arango 2003; Herrera 2006) han tenido siempre serias dificultades para caracterizar una y otra. Decir que la movilidad humana tiene siempre algo de forzado y algo de voluntario es una verdad a medias. Desde la voluntariedad, los estudios han demostrado que no migran los más pobres, que se requieren recursos (económicos, pero también simbólicos) y agencia y que, con frecuencia, la movilidad de un solo miembro es en realidad un proyecto familiar que apuesta a ese miembro. Oscila así entre ser la última carta que se juega (el migrante es así el antepenúltimo eslabón de la cadena, dirá Vitale 2004) y el estar siempre en el horizonte mental, como cuenta Sayad (2010) a propósito de la movilidad desde Argelia a Francia. Sassen (2006) dirá, por ejemplo, que la opción de migrar es social, pero la decisión es individual.

Uno de los problemas aparejados a esta diferenciación en origen es que la movilidad voluntaria es, por contrapartida, obligada a asumir por sí misma los costos de su decisión así individualizada. Por esa razón, esta movilidad cuenta con pocas protecciones internacionales y los Estados les *asignan* derechos sólo con su venia, dada por el estatus legal. La movilidad forzada cuenta con algunos estándares de protección. Los esfuerzos de los organismos internacionales están en que estos estándares puedan cruzar la valla y alcancen a las otras movilidades. No sólo se parten los estándares y las normativas aplicables en general sino también las autoridades de aplicación y hasta de defensa, lo que hará luego que, al interior de los Estados, las personas reboten entre unas y otras. Esto se vio

en Argentina de manera bastante palmaria en el tratamiento que se les otorgó a las personas venezolanas, por ejemplo en las solicitudes de asilo en frontera formuladas durante la pandemia de COVID-19 que, en lugar de ser tratadas directamente por el órgano pertinente (la Comisión Nacional de Refugiados, CONARE), fueron finalmente procesadas por la Dirección Nacional de Migraciones; por si fuera poco, en lugar de seguirse el trámite de solicitud de asilo, la DNM intimó a esas personas a regularizar su situación.

En torno a esta primera segmentación se organizan categorías como “migrante”, “migrante económico”, “refugiado”, una sub-catalogación en pos, siempre, de fragmentar el movimiento para asir la vida en movilidad. Esta clasificación y “separación tajante entre migrantes y refugiados, o entre migración económica y migraciones forzadas, junto a otros conceptos, han conducido (...) a la creciente desprotección de los derechos de las personas migrantes” (Ceriani 2016, 98).

Estas categorías no se cuestionan, vienen dadas, y al mismo tiempo, las personas deben probar que entran en la categoría que les es asignada. No alcanza con *cabere* en la categoría de hecho, sino que es más importante *probarlo*. Y en estas pruebas, se repara poco en que el aparato estatal, que es el productor de mucho de los documentos necesarios para la prueba, despliega requisitos pretensamente objetivos, distribuye entre varios organismos la emisión de los papeles, les asigna plazos diferentes de vencimiento y decide en última instancia su validez. De allí que la regularidad sea menos un punto de llegada que una cuestión realmente circular, lo que somete a la persona a un permanente estado de expulsabilidad, característica definitoria del ser extranjero, dirá Sayad (2010). Estas varias vías para ser expulsado/a (a través de los papeles, pero, también, de las *causales*) multiplica también el trabajo de las defensas. Una de las propues-

tas a retomar en ese sentido es recuperar algo que podría llamarse “principio de vida humana en la frontera” o en el borde, que sólo luego será categorizada y ello, nuevamente, sólo a los efectos de su mejor protección. Esto no es ni más ni menos que privilegiar a la persona humana y tener en cuenta que las categorías (refugiado, solicitante de asilo, migrante MERCOSUR, estudiante, trabajador migrante y tantas otras que existen no solo en Argentina sino en todos los países) son en definitiva creadas y operadas por los Estados. Entonces, anteponer la persona humana a las determinaciones estatales implica, de alguna manera, recuperar que es primero una persona humana; esto puede pensarse como una vida en frontera y, a partir de allí, pensarla como principio, como punto de partida. Las categorizaciones no son inocentes: “paradójicamente”, señala Ceriani (2016) conducen también “a poner en crisis el derecho humano al asilo y una de sus principales formas de materializarlo – el estatuto de refugiados” (99).

IV. El desdibujado rol del Estado, sus agencias, actores y tensiones

Por otro lado, las teorías de migraciones han tradicionalmente ignorado el rol del Estado y, más todavía, de las distintas agencias y actores que compiten a su interior. Al ser mirado más como un telón o “actor de fondo” (Sassen 2006), esto permitió desdibujar su rol y, sobre todo, su responsabilidad en la movilidad humana, acuciante en términos de derechos humanos. Solo un enérgico y permanente ejercicio de irresponsabilidad permite que las constantes muertes en las fronteras pasen como “crisis” y sus sujetos obligados miren hacia otro lado.

Para reubicar el Estado, no se trata de afirmar que “nada determina tanto el volumen de los flujos y los tipos de migraciones preferentes como las políticas de admisión de inmi-

grantes” (Arango 2003), lo cual es una exageración, sino de pensarlo en el centro de la escena de una manera compleja. En el centro, por su rol en la adopción de políticas de movilidad humana y también de derechos humanos; y hablar de políticas de movilidad con derechos humanos o de la política migratoria del derecho humano a migrar es referirse a un sistema doblemente *Estado-céntrico*: el de las políticas públicas en general y el de derechos humanos en particular. De manera compleja, porque si bien desde la mirada internacional el Estado es federal y es una unidad a tales efectos, sobre todo de la responsabilidad internacional (por lo que uno se refiere a él en singular), más de cerca y al interior está compuesto por varias instituciones y actores (burocratas en particular) con agendas más acá o más allá del securitarismo, la gobernabilidad, la gestión de la opinión pública o la defensa de los derechos humanos. Esto se aprecia, por ejemplo, en muchas sentencias recientes que, en control migratorio, ha dictado la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Su interés repentino por el cual admitió y aplicó sentencia en más de 300 casos en los últimos dos años tiene que ver también con un disciplinamiento al activismo judicial.

Como ya ha señalado Sayad (2010, 386) y la perspectiva de estudios críticos en Argentina ha recogido, la relevancia de incorporar la perspectiva estatal viene dada por el hecho de que “pensar la inmigración es pensar el Estado y que es el Estado el que se piensa a sí mismo al pensar la inmigración”. Incluso, se señala que la legitimidad del Estado “no puede sino venir de la mano de la respuesta del ordenamiento jurídico en la realización de los derechos de los extranjeros” (Barrera López, 2008: 25). Esto pone en primer plano no solo un marco jurídico que reconoce derechos humanos a las personas extranjeras, sino también los mecanismos para asegurar su disfrute y exigir su cumplimiento, como la defensa pública.

V. Ilegalizar y la productividad estatal

Otro aspecto del rol estatal se relaciona con su fábrica de producción de ilegalidad. Existe toda una serie de investigaciones que se inscriben en esta línea y que se ocupan de examinar cómo los documentos burocráticos, la ley o las políticas producen subjetividad/es, como por ejemplo a ser elegibles como solicitantes de asilo (Cabot 2013), a ser “irregular” (Ellis y Stam 2017) trabajos que se inscriben en los análisis sobre la construcción política y legal de la irregularidad (Duvell 2011) a través, por ejemplo, de complejos normativos densos en número y jerarquía (Francia), de múltiples categorías (ochenta tenía el Reino Unido hasta 2008 [Duvell, 2011]) o de considerar que salvo autorización explícita estatal, cualquier ingreso al país será considerada irregular (Alemania). En esta área de estudios con una fuerte perspectiva etnográfica se examinó también si el binomio legalidad/ilegalidad es lineal o circular; la “semi ilegalidad” (Kubal 2013); y muy particularmente, el “estatus teórico” de la ilegalidad migrante, un “producto de de medidas legales y políticas” (González Cámara 2010) abordado sobre todo desde los trabajos críticos de Nicholas de Genova (De Genova 2002).

En particular, la dimensión performativa del derecho y su capacidad para permear prácticas y crear realidad se aprecia en las *causales impeditivas*, las categorías y sus pruebas (donde además solo ciertas pruebas son admitidas) y en el denso y frágil entramado normativo que son los pilares fundamentales de esta productividad. El control migratorio, extendido en el tiempo (ya que existe hasta la posibilidad de ver cancelada una residencia permanente), deviene en un amplio control social asegurado por la sobre-reglamentación migratoria: la superposición de distintas regulaciones, reglamentos, decretos, disposiciones de tipo frágil, fácilmente

derogables y algunas bastante secretas, como las que manejan en la frontera misma. Esta densidad frágil al mismo tiempo habla de la máxima discrecionalidad que termina siendo habilitada por resoluciones que reflejan, en definitiva, el *humor* del soberano. Muchas son una pátina de legitimidad para volver discrecional la arbitrariedad, sobre todo las que sobrevivieron a la reforma legal de la ley 25.871. Algunas de ellas ingresaron en el marco legal nacional (como las causales impeditivas), otras se mantienen en la sombra de las prácticas burocráticas más y menos legales, como la disposición del falso turista, el registro de requirentes extranjeros, el pedido de medios de vida económicos para la reunificación familiar o la *bolsa de viaje* para dejar ingresar a personas por la frontera terrestre.

Este entramado normativo multiplica los puntos para la infracción, para caer en desgracia, lo que da por resultado, dice Izquierdo (2012), un aumento de las posibilidades de llegar a ser irregular. Y esta irregularidad no es más que la concreción de aquella ilegalidad “casi ontológica” señalada por Sayad (2010) por la cual el extranjero migrante es oficializado con la delincuencia que le hacen portar: robo de puestos de trabajo, de camas en los hospitales, responsable de la inseguridad y seguramente relacionado con algún tipo de tráfico, etc. La operación de ilegalizar -la ilegalización-: el acto normativo-administrativo por el cual una persona es oficializada como la ilegal que ya era. La ilegalización tiene varias funciones específicas: permite la apropiación del discurso de los migrantes como delincuentes (pues ahora sí 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 ingresa o egresa del país (al menos no “en regla”, claro está), ni cambia de trabajo, ni circula libremente, siempre a riesgo de que le soliciten los “pa-

peles” que no tiene. Obliga así a moverse en la clandestinidad y en numerosos circuitos informales (venta ambulante, talleres clandestinos, trabajo en negro en general), lo cual alimenta en la práctica la idea del “migrante fuera de la ley”.

La ilegalización administrativa pronto va transmitiendo, incluso a las generaciones nacidas en el lugar de destino (los “migrantes de segunda generación” que como bien se ha señalado, en realidad no han migrado a ningún lugar), esta percepción del migrante como algo anormal, irregular, no permitido ahí ni en ningún lado. 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 migrantes. Ilegalidad e ilegalización, ser legal o ser legalizado, es una llamada de atención: no se supera con un vocabulario más liviano donde el eufemismo de “irregulares administrativos” o “indocumentados” le reemplace. Con todas las buenas intenciones que rodean el reemplazo de “ilegales” (bajo el lema: “ningún ser humano es ilegal”), el hecho de que ciertas personas puedan ser declaradas *ilegales o irregulares* o, más aún, que los efectos de la residencia ilegal alcancen a la persona en cuanto tal, sólo indica que *no deberían* ser seres ilegales, pero que de hecho (aun sin aludir a Estado en particular) terminan siéndolo. Quiero decir que los efectos de una situación irregular que solo debieran ser administrativos se extienden a todos los aspectos de la vida de esa persona, sea el acceso al derecho a la educación, a la salud, a la seguridad social, como a su existencia misma, que termina evitando los contactos con la *estatalidad*, más aún cuando vive bajo un régimen agresivo de expulsiones, ya que su aparición en el radar del Estado acarrearía su exclusión. Esto determina también que la persona se mueva en

circuitos informales para gestionar su subsistencia (ej. venta ambulante) alimentando así los discursos que la asocian con la ilegalidad de orden criminal.

En definitiva, mientras haya un acto productivo de la legislación administrativa que los inaugure como “ilegales”, esas personas “estarán prohibidas” (lo cual permite explicar bastante sobre el poder estatal que la ha configurado como tal). Pero, a su vez, en su mínima expresión, la ilegalidad solo expresa una disconformidad con una cierta disposición de poder hegemónica en un momento dado. Ilegal es también, simplemente, lo “no legal” y la legislación, en definitiva, no pertenece a ningún orden trascendental.

VI. La migración como problema y las soluciones pre fabricadas

Una aproximación crítica a la movilidad humana señala que la migración ha sido planteada como problema y a partir de allí, pre-fabrica las soluciones. Uno de los pivotes de la construcción de la migración como problema es que ella misma es una anomalía (a partir de los contornos marcados por la frontera y la nacionalidad) y, como tal, un problema en la sociedad de normalización. De la mano de aquella naturalidad por la cual las personas permanecerían en el territorio donde nacieron (así, se dice que una persona es *natural* de un cierto lugar), la migración pone en entredicho las bases mismas de organización internacional: el traspaso de una frontera inter-nacional, la alteración de una población (construidamente “homogénea” al efecto) y el desafío que supone a la soberanía el no ser “invitado”. Esta invitación, en el plan de los tratados de derechos humanos, se prueba con la “legalidad” de la estancia; si es bienvenido, el Estado se encarga de oficializar su existencia mediante un acto normo-administrativo.

La migración como hecho construida-

mente anómalo en el desarrollo de las poblaciones es uno de los componentes de la operación de ilegalidad, la “ilegalidad ontológica” ya mencionada. Es la que justifica, por ejemplo, la dispersión y privatización de los controles sobre la migración (mecanismos globales) y sobre la persona migrante (mecanismos disciplinarios), desde el embarco con el control de la documentación, los trámites frente a las autoridades en frontera, en escuelas y hospitales, los controles de permanencia y aquellos que están en cabeza de policías y funcionarios varios¹.

Santamaría (2002) se pregunta si, a partir de esta concepción de las migraciones -su construcción como anomalía dentro del reparto estatal de poblaciones- es posible conocer a los y las migrantes sin reducirlos a un problema. Es la misma idea de extraordinariedad la que los sindicaba como un “fenómeno”: el fenómeno de las migraciones internacionales. En la misma línea, Gil Araujo (2010) invita a reflexionar el proceso mismo por el cual la migración se convierte en objeto de estudio, de discurso y de gobierno, recordando a Sayad: “no existe otro objeto de estudio en relación al cual la problemática venga tan decididamente impuesta de antemano como éste y no se puede ignorar la forma en que llega a nosotros porque es así como existe en la sociedad”. La primera consecuencia de no problematizar el andamiaje estatal que la construye, pero también los discursos, las identidades y los procesos llevan, indubitablemente, al tratamiento de unos (otros) que estando “afuera”, quieren estar “adentro”. Se trata, entonces, de “escudriñar los mecanismos que la han generado en tanto que problema” (Ibáñez 2002).

¹ Para una explicación mayor sobre el funcionamiento de los mecanismos de seguridad y disciplinarios, véase García, 2013. A.

VII. Instrumentalismo y beneficencia: el migrante medio y objeto

A estas tensiones se suma que en el ámbito de las migraciones y, sobre todo, de su gestión, prevalece la mirada (i) del costo-beneficio, de lo instrumental y (ii) de las concesiones benéficas.

Como explica Sayad, “la inmigración no tiene sentido, no es inteligible para el entendimiento político más que a condición de que sea fuente de ‘beneficios’ o por lo menos, que los ‘costes’ que se le imputan no excedan los ‘beneficios’ que puede procurar” (Sayad 2010, 118). El costo-beneficio opera tanto para países de destino como para emisores: cuando las remesas son altas, los migrantes son agentes de desarrollo.

Estas lógicas atraviesan, incluso, las propuestas mejor intencionadas de quienes abogan por un entendimiento más humano de las migraciones. Zapata-Barrero (2010), por ejemplo, analiza la perspectiva de “c[ó]mo las políticas migratorias distribuyen el bien que la entrada en un Estado representa y la oportunidad de residir y trabajar en la sociedad de llegada [...] un verdadero desafío social” (2010, 332). Hay un argumento utilitarista (hacen el bien, son útiles) y otro de beneficencia (la oportunidad), y lo que ocurre es que termina por no tratarse de un derecho sino de una concesión estatal. Las referencias oficiales a la “obtención de un *beneficio* migratorio” desplazan el entendimiento del derecho, presente incluso en discursos de países que han reconocido el derecho a migrar. Se omite con frecuencia la capacidad performativa de estos usos del lenguaje: permean las políticas públicas y fijan marcos mentales para entender la movilidad.

Cuando los defensores intentan apoyar el ingreso de poblaciones migrantes hacen notar que contribuyen al tejido social, morigeran el envejecimiento de la población autóctona, ocupan trabajos que los nativos ya no desean o que, en definitiva, no recargan el sistema de salud, ya que son poblaciones jóvenes. Estos

argumentos pueden ser útiles para el corto plazo, pero terminan alimentando los fantasmas en torno a la migración y tienen contrapartidas peligrosas, ya que, si los migrantes dejan de contribuir, ser útiles o funcionales se vuelven no deseados.

Por otro lado, la perspectiva del humanitarismo y la compasión como política puede ser peligrosa (Ticktin 2006), por cuanto desplaza a las personas migrantes del universo de los derechos para ubicarlas como objetos de protección, lo cual no se demanda ni se exige (como si fuera un derecho), sino que sólo se recibe y hasta agradece, como una concesión de la gracia soberana y sujeta a su arbitrio.

Conclusiones

Foucault remata la parte “Disciplina” de *Vigilar y Castigar* en los siguientes términos:

“el punto ideal de la penalidad hoy día sería la disciplina indefinida: un interrogatorio que no tuviera término, una investigación que se prolongara sin límite en una observación minuciosa y cada vez más analítica, un juicio que fuese al mismo tiempo la constitución de un expediente jamás cerrado, la benignidad calculada de una pena que estaría entrelazada a la curiosidad encarnizada de un examen, un procedimiento que fuera a la vez la medida permanente de una desviación respecto de una norma inaccesible y el movimiento asintónico que obliga a coincidir con ella en el infinito... el sometimiento a <<observación>> prolonga naturalmente una justicia invadida por los métodos disciplinarios y los procedimientos de examen” ([1975] 2002: 230).

La persona migrante, por su misma constitución como tal, siempre estará sujeta a control: renovaciones, controles de permanencia, fijación de domicilio. Una observación sin

límite. Su expulsabilidad estará, además, garantizada por las posibilidades de cancelar incluso su residencia permanente. Los principales eventos de su vida estarán anotados en un expediente: para cada decisión, la autoridad debe tener todos los que se han conformado en torno a una persona a la vista. La penalidad ideal.

En este marco, vale pensar algunos desarrollos teóricos y analíticos para la práctica en derechos de las personas en movilidad:

- (i) apropiar las propuestas para dar contenido al derecho a migrar;
- (ii) no tomar las diversas categorías como dadas sino pensar a la persona humana en función de la frontera (tanto en la frontera física como en una *fronterización* que la acompaña en su vida diaria; palpable, por ejemplo, al intentar acceder a la educación, a la salud, a la seguridad social, donde su condición de no nacional va por delante). Esto debería permitir alumbrar prácticas creativas en la defensa de esos derechos que piensen “por fuera de las cajas” dadas o, dicho de otro modo, que operen de manera no tan convencional. Dar cuenta de lo gravoso de una etiqueta o del examen permanente al que es sometida la persona extranjera, de la circularidad de su estatus regular, debería ser una alerta temprana a los operadores judiciales que luego no ven ningún perjuicio en la expulsión. Esta es el último eslabón de una cadena que comienza a tejerse antes; las estrategias jurídicas para repelela juegan, en varios sentidos, con las cartas marcadas;
- (iii) cuidar el uso del lenguaje. No se trata de adoptar todos los eufemismos sino de prestar atención a los efectos y mantener una actitud de *vigilancia epistemológica*. Hablar de “flujos”, “corrientes” u “olas” migratorias es usar metáforas

acuosas que transmiten la sensación de algo que, a menos que sea encauzado, puede desbordar, salirse de control. Otro tanto ocurre con las “metáforas militares” (Santamaría, 2006) y, por supuesto, con el “problema” de las migraciones o el énfasis en el “beneficio” de una persona migrante para la sociedad que lo recibe.

- (iv) los riesgos del humanitarismo se ven también en la apropiación del conflicto por los profesionales del derecho, durante la representación legal. ¿Hacer que la persona venga periódicamente a consultar su causa y firmar los documentos necesarios o que firme por una única vez un poder y la cuestión se maneje casi exclusivamente entre los profesionales? Se juegan en tal decisión, por supuesto, las dificultades de las personas migrantes para sostener un proceso legal (desde los recursos de tiempo y dinero necesarios) pero, por otro, esto puede mover el eje desde el ser sujeto a ser objeto de protección. ¿Resolver el caso por la vía informal o a lo sumo administrativa, o litigar el caso para generar estándares para los casos siguientes?

Como decía al principio, así como una teoría sin práctica es ciega (tuerta de un ojo a las necesidades; tuerta del otro a las luchas en el campo), la práctica en derechos humanos no puede avanzar sin una teoría, porque se vuelve una práctica inútil y, me animo a decir, repetitiva y estéril.

Referencias bibliográficas

Arango, Joaquín. 2003. “La explicación teórica de las migraciones: luz y sombra” en *Migración y desarrollo* N° 1. Disponible en: www.migracionydesarrollo.org

Arendt, Hannah. 1999. *Los orígenes del totalitarismo*. Madrid: Taurus.

Barreda López, Francisco. 2008. *La política de admisión de extranjeros inmigrantes en el derecho español y sus repercusiones ético-políticas. Una expresión de la cultura del control y de la lógica del pragmatismo*. Tesis doctoral, Universidad de Granada.

Benhabib, Seyla. 2004. *Los derechos de los otros. Extranjeros, residentes y ciudadanos*. Barcelona: Gedisa.

Cabot, Heath. 2013. “The social aesthetics of eligibility: NGO aid and indeterminacy in the Greek asylum process”, *American Ethnologist. Journal of the American Ethnological Society*, vol. 40 N° 3, 452-466.

Ceriani, Pablo. 2016. “El lenguaje como herramienta de la política migratoria”. *Revista Sur*, SUR 23, v.13 n.23, 97-112.

Ceriani, Pablo. 2004. “Nueva ley: un paso hacia una concepción distinta de la migración”, en Rubén Giustiniani, *Migración: un derecho humano*, Buenos Aires: Prometeo, 113-135.

Cresswell, Tim. 2006. “The Right to Mobility: The Production of Mobility in the Courtroom”. *Antipode*, 38(4), 735-754.

De Genova, Nicholas. 2002. “Migrant ‘Illegality’ and Deportability in Everyday Life”. *Annual Review of Anthropology*, 31(1), 419-447. doi:10.1146/annurev.anthro.31.040402.085432.

Duvell, Franck. 2011. “Paths into Irregularity: the Legal and Political Construction of Irregular Migration”. *European Journal of Migration and Law*, (13), 275-295.

Ellis, Basia; Stam, Henderikus. 2017. "Cycles of deportability: threats, fears, and the agency of 'irregular' migrants in Canada", *Migración Studies*, 1-24.

Estévez López, Ariadna (2010), Taking the human rights of migrants seriously: towards a decolonised global justice. *The International Journal of Human Rights*, 14(5), 658-677. doi:10.1080/13642980903155695.

Foucault, Michel ([1975] 2002), *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*. Buenos Aires: Siglo XXI.

García, Lila. 2016. "Migraciones, Estado y una política del derecho humano a migrar: Hacia una nueva era en América Latina?". *Colombia Internacional*, 88, 107-133. doi:10.7440/colombiaint88.2016.05

García, Lila. 2013 a. *Nueva política migratoria argentina y derechos de la movilidad. Implementación y desafíos de una política basada en derechos humanos a través de las acciones ante el Poder Judicial* (2004-2010). Tesis doctoral, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires. Disponible en www.academia.edu.

García, Lila. 2013 b. "Estándares migratorios del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y derecho a migrar en Argentina". *Revista Digital de Derechos Humanos INFOJUS*, año 2 N° 2, 39-76.

García, Lila y Gandini, Luciana. 2020. "Reflexiones teóricas y metodológicas para (re)pensar el rol de la dimensión jurídica en los estudios de migraciones", en L. Gandini (coord.), *Abordajes sociojurídicos contemporáneos para el estudio de las migraciones internacionales*, México: IJ-UNAM, 27-50.

Gil Araujo, Sandra. 2010. "Migraciones

internacionales, políticas públicas y construcción nacional. Apuntes sobre las políticas de integración de inmigrantes en Europa", en C. Pizarro (coord.), *Migraciones internacionales contemporáneas. Estudios para el debate*, Buenos Aires: CICCUS, 97-117.

González Cámara, Noelia. 2010. "De indeseables a ilegales: una aproximación a la irregularidad migratoria", *ARBOR. Pensamiento y Cultura*, CLXXXVI 744, julio-agosto 2010, 671-687.

Herrera Carassou, Roberto. 2006. *La perspectiva teórica en el estudio de las migraciones*, México: Siglo XXI.

Ibañez, Tomás. 2002. "Prólogo", en Enrique Santamaría, *La incógnita del extraño. Una aproximación a la significación sociológica de la <<inmigración no comunitaria>>*, Barcelona: Anthropos, ix-xii.

Izquierdo, Antonio. 2012. "La política europea común de inmigración: un proceso en construcción inacabado" [Conferencia impartida en el marco de la jornada Integración regional y políticas de migraciones internacionales, 9 de octubre de 2012, CARI, Buenos Aires].

Kubal, Agnieszka. 2013. "Conceptualizing Semi-Legality in Migration Research". *Law and Society Review*, 47(3), 555-587.

López Sala, Ana María. 2006. "Pasar la línea. El Estado en la regulación migratoria desde una perspectiva comparada". *Revista Internacional de Filosofía Política*, 27, 71-100.

Massey, Douglas. 1999. "International migration at the dawn of the twenty-first Century: the role of state". *Population and Development Review*, (25), 303-322.

Mezzadra, Sandro. 2005. "Derecho de

fuga". *Migraciones, ciudadanía y globalización*. Buenos Aires: Tinta y Limón.

Oberman, Kieran. 2011. "Immigration, Global Poverty and the Right". *Political Studies*, 59, 253–268. doi:10.1111/j.1467-9248.2011.00889.x

Ochoa Espejo, Paulina. 2016. "Taking Place Seriously: Territorial Presence and the Rights of Immigrants". *Journal of Political Philosophy*, 24(1), 67–87.

Pizarro, Cintia. 2012. "Clasificar a los otros migrantes: las políticas migratorias argentinas como productoras de etnicidad y de desigualdad". *MÉTIS: História & Cultura*, 11(22), 219–240.

Raffin, Marcelo. 2006. *La experiencia del horror. Subjetividad y derechos humanos en las dictaduras y posdictaduras del Cono Sur*. Buenos Aires: Editores del Puerto.

Ramji-nogales, Jaya. 2016. "The Right to Have Rights: Undocumented Migrants and State Protection". *Kansas Law Review*, 63, 1045–1065. doi:10.17161/1808.20300

Santamaría, Enrique. 2002. *La incógnita del extraño. Una aproximación a la significación sociológica de la "inmigración no comunitaria"*. Barcelona: Anthropos.

Santos, Boaventura. 2011. *A crítica da razão indolente. Contra o desperdício da experiência*. San Pablo: Cortez Editora.

Sassen, Saskia. 2006. "La formación de las migraciones internacionales: implicaciones políticas". *Revista Internacional de Filosofía Política*, 27, 19–39.

Sayad, Abdemalek. 2010. *La doble ausen-*

cia. De las ilusiones del emigrado a los padecimientos del inmigrado. Barcelona: Anthropos.

Ticktin, Miriam. 2006. "Where ethics and politics meet: the violence of humanitarianism in France". *American Ethnologist*, 33(1), 33–49.

Vitale, Ermanno. 2004. *Ius Migrandi*. Madrid: Melusina.

Zolberg, Aristide. 1989. "The next waves: migration theory for a changing world". *International Migration Review*, XXIII(3), 403–429.

El extrañamiento y los delitos graves

Martín Fiuza Casais

Abogado (UNLZ). Secretario letrado y defensor público coadyuvante de la Comisión del Migrante de la Defensoría General de la Nación.

Recientes pronunciamientos han puesto bajo análisis al instituto del extrañamiento, establecido en el artículo 64 de la ley 25.871. En particular, se ha discutido la figura en casos de delitos considerados graves, no solo por su mayor magnitud o la cuantía de la pena sino también por la naturaleza del ilícito o el impacto o conmoción social que ha causado .

El objeto de este artículo será recorrer los argumentos sostenidos por los jueces penales e intentar dilucidar las diferentes posiciones subyacentes para contrastarlas con la finalidad del instituto, el objetivo de la pena y la forma en que incide en el esquema de la progresividad penitenciaria.¹

¹ El artículo 64 de la ley 25.871 establece que “los actos administrativos de expulsión firmes y consentidos dictados respecto de extranjeros que se encuentren en situación irregular, se ejecutarán en forma inmediata cuando se trate de: a) Extranjeros que se encontraren cumpliendo penas privativas de libertad, cuando se hubieran cumplido los supuestos establecidos en los acápites I y II del artículo 17 de la ley 24.660 que correspondieren para cada circunstancia. La ejecución del extrañamiento dará por cumplida la pena impuesta originalmente por el Tribunal competente; b) Extranjeros sometidos a proceso, cuando sobre los mismos recayere condena firme de ejecución condicional. La ejecución del extrañamiento dará por cumplida la pena impuesta originalmente por el Tribunal competente; c) El procesamiento de un extranjero sobre el que pesa orden ad-

Todos los casos que analizaremos han sido resueltos bajo la órbita de la ley 24.660, en su versión anterior y no han sido alcanzadas por los lineamientos introducidos por la reforma (ley 27.375). Esta aclaración es sumamente trascendente para el devenir de este trabajo, toda vez que, en principio, lo que se denominaría rendimiento carcelario estaría fuera de los requisitos establecidos por la ley en su versión anterior².

Es importante, también, destacar la injerencia que esta tendencia jurisprudencial tendrá en la labor defensiva ya que el extrañamiento se edifica sobre un acto administrativo de expulsión, emitido por el Estado argentino a través de la Dirección Nacional de Migraciones (DNM), en ejercicio de su -incuestionable-soberanía. Este acto administrativo, según el señalado artículo 64, debe encontrarse firme y consentido. Si bien este consentimiento no significa que el condenado extranjero pueda decidir acerca de su permanencia o no en el país, lo cierto es que es fundamental su posición al momento de ser notificado.

La inestabilidad que los fallos judiciales va esparciendo sobre el instituto debe prevenir a los defensores sobre la naturaleza real de lo

que se transmite al sentenciado. Técnicamente lo que se pone en conocimiento formal en la notificación primigenia es un acto dictado en sede administrativa; pero, en esencia, lo que consiente el extranjero, detenido en un establecimiento carcelario y a disposición del juez penal, es su voluntad sobre el extrañamiento. Por ello, la determinación de la pena no se agota en la sentencia condenatoria: es imprescindible, como defensores, poder anticipar con relativa exactitud las mayores posibilidades de éxito o frustración de este instituto. Es importante para que el condenado, como lo señalé, acepte o proteste su expulsión, pero también para acordar un proceso abreviado; para que confeccione su programa de tratamiento individual, conforme lo indica el artículo 5 de la ley 24.660 (el verdadero contenido de la pena), o para escalar peldaños en el régimen de progresividad.

Primero, deberé abordar la naturaleza jurídica del extrañamiento como instituto penal. En un texto anterior traté de resumir en tres ópticas bien diferenciadas las diversas posiciones: el extrañamiento como dispensa de la pena, como beneficio penitenciario y como sanción penal propiamente dicha (Fiuza Casais 2021).

También, en aquel entonces, en notas al pie y casi a modo de advertencia, se planteó que “no sería sorprendente que se pretenda excluir al extrañamiento de aquellas condenas basadas en los delitos fijados en el artículo 56 bis de la ley (Fiuza Casais 2021, 410).

La inmersión en estas profundidades intelectualistas, en este caso, adquiere vital preponderancia para la aplicación práctica, como se verá más adelante. Que las consecuencias del extrañamiento (sea su concesión o su denegatoria) sobre la ejecución de la pena resulten adecuadas dependerá de la naturaleza que se le atribuya al extrañamiento. Por eso, reproduciré las diversas concepciones que se han ido materializando.

ministrativa de expulsión firme y consentida, en cuyo caso no procederá el otorgamiento del beneficio de la suspensión del juicio a prueba o de medidas curativas, las que serán reemplazadas por la ejecución del extrañamiento, dándose por cumplida la carga impuesta al extranjero”.

2 En la actualidad, los requisitos para acceder al extrañamiento, conforme los acápites I y II de la ley 24.660 reformada por la ley 27.375, son: “I. Estar comprendido en alguno de los siguientes tiempos mínimos de ejecución: a) Penas mayores a diez (10) años: un (1) año desde el ingreso al período de prueba; b) Penas mayores a cinco (5) años: seis (6) meses desde el ingreso al período de prueba; c) Penas menores a cinco (5) años: desde el ingreso al período de prueba. II. No tener causa abierta donde interese su detención u otra condena pendiente, total o parcialmente”. En la versión original de la ley, el artículo 17 exigía solamente un requisito temporal.

En el fallo “Márquez Martín” de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional, el profesor Niño calificó al extrañamiento como un “privilegio”. Dijo que el legislador:

resolvió conceder al individuo extranjero condenado por delitos conminados con pena privativa de la libertad el beneficio de recuperarla por mero transcurso de un recaudo temporal aventajándola a individuos nacionales en análoga circunstancia, que deberán satisfacer otros, previstos en los incisos III a V del artículo 17 de la Ley N°24.660 de ejecución de las penas privativas de libertad.³

En ese mismo pronunciamiento, el juez Días introdujo un constructo diferente al que se venía edificando jurisprudencialmente, al entender al extrañamiento como una nueva forma de cumplimiento de pena, sujeta a una condición resolutoria durante el tiempo de duración de la condena. Dijo el magistrado:

la ejecución del extrañamiento como forma de cumplimiento de pena fuera del territorio nacional, dura lo que dura la ejecución de la condena, y se termina de ejecutar cuando vence dicha pena. De ahí el acierto de que su ejecución, dé por cumplida la pena impuesta originalmente por el Tribunal argentino; lo que conlleva a la necesidad de que la resolución que así lo disponga, se supedite al verdadero cumplimiento del extrañamiento.⁴

Asimismo, parte de la jurisprudencia local ha interpretado al instituto como una forma de

3 CNCCC, Sala II, “Márquez s/ Robo agravado por el uso de armas y portación ilegítima de arma de guerra” rta 10/9/2015, c. 24873/2010/TO1/1/CNC1, rta 443/2015.

4 Ídem.

suspensión de la ejecución de la pena, diciendo:

La aplicación del instituto del extrañamiento importa lisa y llanamente la “suspensión” del cumplimiento de pena y el cese de la purga de pena a partir de la ejecución efectiva del extrañamiento, para dar lugar así a una de las modalidades de los actos jurídicos, cual es la “condición”, es decir que la extinción de la pena estará y quedará supeditada a la materialización de un evento futuro e incierto consistente en el no reingreso al país por el término preestablecido.⁵

Como puede verse, las interpretaciones oscilan entre extremos muy diferenciados. Pero debo ser preciso: todas estas opciones nacen a partir de la resistencia férrea y a esta altura invencible de los jueces hacia el ordenamiento legal tal como se ha mantenido vigente⁶La ley no reviste atisbos de dudas cuando dice que el extrañamiento tendrá por cumplida la pena impuesta. Alderete Lobo (2005, 1750) explica que el extrañamiento es una nueva forma de extinción de la pena y señala que:

“(…) creemos incorrecto sostener de modo genérico que la solución prevista en el artículo 64 “favorece” a los extranjeros, pues la expulsión trae consigo consecuencias que impedirán a éstos la obtención de su residencia legal en nuestro país, lo cual

5 Juzgado Nacional de Ejecución Penal N° 1. “N.A.” Causa N° 45221/2014. 16/6/2016.

6 Se han producido varios llamados de atención de los jueces en relación a la necesidad de modificar la ley 25.871. Pero hemos visto que el Estado, cuando ha querido delinear políticas migratorias más efectivas en materia expulsiva lo ha llevado a cabo. Por ejemplo, a través del decreto 70/17, sin modificar el artículo 64. Posteriormente, al derogarse dicha reglamentación a raíz de su seria colisión con la Constitución Nacional, tampoco se adoptaron medidas al respecto.

en muchos casos particulares, puede resultar sumamente perjudicial.

La opinión del autor es tan concreta y clara como la ley. Fuera de esta acertada posición y dentro del esquema que se ha creado jurisprudencialmente, hay una concepción que considero la más adecuada: la expulsión administrativa es una pena y es el sustrato que le otorga contenido al extrañamiento. Por ende, el extrañamiento es una forma de sustitución de la ejecución de pena a cargo exclusivo del juez penal. En ese sentido, Muñoz Gayan (2016, 381) dice que:

en el caso de la expulsión no estamos ante una verdadera “pena”, al figurar como tal entre las que, como principales o accesorias, ha querido el legislador situar bajo un catálogo cerrado, en los arts. 32 y siguientes CP, sino ante una forma “sustitutiva” de la ejecución penal, que se ofrece como una medida alternativa a la pena privativa de libertad.

Esta pena no aborda solo la privación de libertad, sino que significa, por razones de política migratoria, la imposibilidad de regresar a nuestro país. Entre las vertientes críticas a esta sanción se destaca que transmite impunidad e inseguridad jurídica. Pero esta sensación no se vincula estrictamente con el contenido netamente punitivo sino con cuestiones ajenas, como el laxo control fronterizo y la vigilancia en las fronteras de un país con límites naturales y abiertos, desplegados a lo largo de un vasto territorio. El extrañamiento carece de fines resocializadores. A decir verdad, se dirige al confinamiento del causante; a su neutralización ya no en un centro de detención sino fuera del territorio, sin posibilidad alguna de volver. Los efectos aflictivos, definitivos e irreversible, otorgan ese carácter.

Los casos

El 18 de marzo de 2020 C. G. S fue condenado por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 1 de La Plata a la pena de diez años y seis meses de prisión, accesorias legales y costas, como coautor penalmente responsable de los delitos de secuestro extorsivo, agravado por haberse logrado el fin propuesto (entrega de dinero en concepto de rescate), por la participación en el hecho de tres o más personas, y robo agravado por haberse cometido en poblado y en banda y por el uso de armas de fuego cuya aptitud para el disparo no pudo probarse, ambos en concurso ideal entre sí. La Cámara Federal de Casación Penal declaró inadmisibile el recurso interpuesto contra la decisión de rechazo de un extrañamiento en orden al delito cometido y la cuantía de la pena. En ese fallo, el representante del Ministerio Publico Fiscal sustentó que:

[E]l interés en el caso se pone de manifiesto a partir de la clara expresión del representante de la vindicta pública ante la sociedad, destacando que el encausado cumpla la sanción impuesta por el Estado Argentino, en razón de la naturaleza del crimen cometido y los derechos de las víctimas [y destacó que] es razonable entender que en casos como el de G. S, por la gravedad del ilícito cometido no puede dejarse de evaluar si el penado cumplió los fines previstos de la pena, pues resulta exigible un piso básico de resocialización o adaptación para regresar al medio libre, ya que la expulsión lo importará en el lugar de destino, con independencia de si ello implica estar en contacto con ciudadanos argentinos, paraguayos o de cualquier otra nacionalidad que habiten el país de origen de G.S, por lo que en definitiva este es un punto a considerar.⁷

7 Cámara Federal de Casación Penal G.S.C. s/ recurso

Este pronunciamiento presenta, a mi criterio, un serio déficit argumentativo. Se inclina primero por la razonabilidad como herramienta de exégesis. Para ello, se dirige a preponderar la gravedad del delito y determina que es necesario un piso básico de resocialización.

Ante esto podemos entender que el cumplimiento de la mitad de la pena es insuficiente para lograr un piso básico de resocialización en los casos de delitos graves. Esta conclusión, parece ser sumamente cuestionable, toda vez que, de acuerdo a la ley aplicada, la mitad de la pena es suficiente para obtener salidas transitorias. También lo es para disponer la incorporación de un régimen de semi-libertad en otros casos similares, sea que se trate de argentinos o personas migrantes.

Como hemos dicho, debemos concebir a la expulsión administrativa como una verdadera pena y al extrañamiento, como un método de sustitución parcial. Su característica principal implica que, previo a su ejecución, el Estado debe asegurar que una porción de esa sanción penal sea cumplida en forma efectiva y, de ser posible, bajo un tratamiento penitenciario, pues este sistema es el implementado en nuestro país.

No podemos olvidar, aún en desmedro de las críticas realizadas, que la ley actual establece requisitos que bien pueden ser interpretados de la forma que propone el fallo. Esa interpretación sostiene que existe una exigencia de cumplir con un puntaje ejemplar de calificación de conducta, el grado máximo de reinserción social y, de acuerdo a criterios similares al de la Alzada, la efectiva incorporación al periodo de prueba del régimen progresivo.

Es loable preparar un individuo conflictuado con la ley penal para que su retorno sea pacífico en cualquier sociedad, sea la argentina o la de cualquier otro país. Pero la verdad

es que aún si el condenado cometiese un delito en su país de origen ello no tendría efecto alguno en el extrañamiento ni en el estado de la causa. No ha sido caprichosa, igualmente, la elección de la mitad de la pena por el legislador pues es a partir de ese momento cuando la ejecución penal es permeable a contactos reales con la sociedad, que no implican solamente egreso de los penales. El avance en la progresividad tiene un solo faro y es la preparación del condenado para volver a ser libre y convivir pacíficamente en la sociedad. Esta finalidad es, indudablemente, opuesta a lo buscado por la deportación compulsiva.

La Cámara, luego de consagrar los derechos de la víctima del delito, concluye que:

(...) debido a las circunstancias apuntadas en el legajo, debe estarse al legítimo interés punitivo reservado al Poder Judicial de esta República para el control del cumplimiento de la pena a la que fue condenado G.S.

Mas adelante abordaremos este fundamento (“interés judicial”), detectado en todos los casos que se comentarán en lo sucesivo en el texto.

Es menester remarcar que en la justicia nacional de ejecución penal la jurisprudencia marcó hasta la fecha una inclinación pacífica hacia la aplicación de la versión original de la ley 24.660 en sus acápites I y II, y una clara adaptación a los lineamientos emitidos por la Cámara en lo Correccional de Casación Penal.

Si bien el impulso procesal del criterio que se analiza en este trabajo fue promovido por la fiscalía, hasta la fecha, en casos de otros delitos de menor cuantía o distinta naturaleza, se mantiene incólume la interpretación señalada en el párrafo anterior.

En ese sentido, en el plano de la justicia nacional, la Unidad Fiscal de Ejecución Penal (UFEP), representante del interés estatal y de los intereses de la víctima, alegó que la comisión de aquellos delitos que se encuentran in-

de casación. Sala I. Reg. 518/22. Rta el 10 de mayo de 2022.

cluidos en la descripción taxativa del artículo 14 del C.P y del artículo 56 bis de la ley 24.660 obstan a la aplicación del instituto⁸. En síntesis, se reduce la expulsión a una libertad. Así destacó que:

“la intensidad de la sanción que el Estado Argentino le fijó como consecuencia de la conducta criminal que D cometió, se vería sustancialmente disminuida so pretexto de cumplir con la política migratoria Nacional, cuestión que reviste un interés significativamente menor y diametralmente opuesto al que la ley expresa en su articulado.” Y se

8 El artículo 14 establece que “La libertad condicional no se concederá a los reincidentes. Tampoco se concederá en los casos previstos en los artículos 80 inciso 7°, 124, 142 bis, anteuúltimo párrafo, 165 y 170, anteuúltimo párrafo (Artículo sustituido por artículo 2° de la Ley N° 25.892 B.O.26/5/2004). El artículo 56 bis de la ley 24.660 indica que “No podrán otorgarse los beneficios comprendidos en el período de prueba a los condenados por los siguientes delitos: 1) Homicidios agravados previstos en el artículo 80 del Código Penal. 2) Delitos contra la integridad sexual, previstos en los artículos 119, 120, 124, 125, 125 bis, 126, 127, 128 primer y segundo párrafos, y 130 del Código Penal. 3) Privación ilegal de la libertad coactiva, si se causare intencionalmente la muerte de la persona ofendida, previsto en el artículo 142 bis, anteuúltimo párrafo, del Código Penal. 4) Tortura seguida de muerte, artículo 144 ter, inciso 2, del Código Penal. 5) Delitos previstos en los artículos 165 y 166, inciso 2, segundo párrafo del Código Penal. 6) Secuestro extorsivo, si se causare la muerte de la persona ofendida, conforme a los supuestos previstos en el artículo 170, antepenúltimo y anteuúltimo párrafos, del Código Penal. 7) Delitos previstos en los artículos 145 bis y ter del Código Penal. 8) Casos en que sea aplicable el artículo 41 quinquies del Código Penal. 9) Financiamiento del terrorismo, previsto en el artículo 306 del Código Penal. 10) Delitos previstos en los artículos 5°, 6° y 7° de la ley 23.737 o la que en el futuro la reemplace. 11) Delitos previstos en los artículos 865, 866 y 867 del Código Aduanero. Los condenados incluidos en las categorías precedentes tampoco podrán obtener los beneficios de la prisión discontinua o semidetención, ni el de la libertad asistida, previstos en los artículos 35, 54 y concordantes de la presente ley”.

*corona esta definición diciendo “Será por tal motivo que intenta, entonces, utilizar su condición de extranjero, para obtener nada más ni nada menos que el acceso a una liberación definitiva, lo que en el contexto descripto configura una clara burla a la ley argentina (El resaltado es original).”*⁹

Además, la UFEP presenta en ese dictamen un resumen sobre el fallo A.G.¹⁰ en el que dice:

no constituye un derecho del condenado como para ejercerlo mediante pretensión ante la judicatura penal de primera instancia, ni a través de las impugnaciones que prevé el código de rito en materia criminal y correccional.

La afirmación es terminante y regresiva. A estas alturas, vedar el acceso a la doble instancia de un condenado a una pena privativa de la libertad respecto a lo que la fiscalía misma considera una “libertad” es el ejemplo más claro del nudo invencible que se ha trazado en el campo del instituto. *Como vemos, se excluye al titular exclusivo de todos los derechos que establece la ley de la pena privativa de la libertad.*

Lejos de explicar la equiparación del extrañamiento a la libertad condicional o a una de las modalidades de cumplimiento de pena, la UFEP tampoco explica cómo el extrañamiento se incorpora dentro del régimen progresivo o por qué se considera un beneficio o un derecho asimilable a las salidas transitorias o a la libertad asistida. Es claro, también, que el artículo 56 bis no impide la incorporación al período de prueba por parte de la administración penitenciaria, por lo que, aún bajo el régimen actual, el extrañamiento es viable, tam-

9 UFEP, legajo CPN 136617/2013, D.C.A S/extrañamiento”, 2/3/2022.

10 CFCEP, 234061994/TO1/2/CNC2/ Sala I, A.G.F S/recurso de casación, registro 494, rta 11/5/2018.

bién para los casos de prisión perpetua. Esto, ya que el artículo 15 inc. 2 de la ley 24.660 establece que el condenado podrá acceder a ese estadio a los quince años de cumplimiento. Basta con la invocación al principio de legalidad para sostener esta tesis.

Otra argumentación del dictamen bajo análisis dice:

Al no tratarse de un derecho del extranjero, no configura un caso susceptible de litigio judicial ante el fuero penal, sino una cuestión atinente a la articulación entre el Poder Judicial y el Poder Ejecutivo Nacional, motivo por el cual, en los casos en que se verifica desinterés de la autoridad administrativa respecto de la orden de expulsión oportunamente dictada, consentida y firme, ello “desarticula el andamiaje central del reclamo” de la defensa.

La lectura de la fiscalía parece ser: pese a constituir una “libertad” (sic) no es un derecho del condenado, cuando el sentenciado es el titular exclusivo de todo beneficio liberatorio regulado en el marco de la ejecución de una pena.

Lo erróneo es pensar que lo que instituye la incidencia es el “reclamo” defensorista. Lo que sí lo es la existencia de una orden de expulsión firme y consentida dictada, se supone, con pleno conocimiento del titular de la pretensión punitiva.

Ahora bien, en el dictamen también se excluye de la incidencia al letrado defensor, representante técnico del titular exclusivo de todos los derechos que establece la ley de la pena privativa de la libertad. Como veremos a continuación, existe y ha existido una marcada tendencia a anular las vías impugnativas de la defensa en la materia específica. No hay articulación alguna entre el Poder Judicial y el Ejecutivo en la que no deba intervenir un defensor, mucho menos si se encuentra en juego el mayor o menor despliegue de poder punitivo contra un ciudada-

no en conflicto con la ley penal, por imperio del artículo 18 de la CN.

Existe una diferencia sustancial entre el fallo invocado y en los casos en estudio. La Dirección Nacional de Migraciones no expresó en este caso (como si lo hizo escasos días antes de que la Cámara de Casación declarara abstracto el extrañamiento de A.G.) desinterés en ejecutar el extrañamiento dictado por el juez de ejecución penal que, por otra parte, y por imperio legal, no podría haber emitido. En el caso en estudio, la Dirección de Migraciones dictó la expulsión administrativa, fijó una prohibición de reingreso y lo elevó a la jurisdicción.

Este punto es de trascendencia decisiva, pues el planteo de la fiscalía se aparta primero de la ley y luego de la política migratoria implementada en nuestro país.

Recordemos que el artículo 64 de la ley 25.871 reza que

Los actos administrativos de expulsión firmes y consentidos dictados respecto de extranjeros que se encuentren en situación irregular, **se ejecutarán en forma inmediata** cuando se trate de: Extranjeros que se encontraren cumpliendo penas privativas de libertad, cuando se hubieran cumplido los supuestos establecidos en los acápite I y II del artículo 17 de la ley 24.660 que correspondieren para cada circunstancia (*el destacado es propio*)

Este artículo, tan auscultado, desmenuzado en cada una de sus palabras e interpretado anodinamente no deja dudas. Hay una decisión expulsiva dictada por el órgano de aplicación; se encuentra firme y consentida, y se cumplen los requisitos de los apartados I y II de la ley 24.660. La única parte que se inobserva es justamente la ejecución, que para el legislador debe ser *inmediata*. No existe interpretación posible que compatibilice la norma con el requerimiento fiscal. La violación al

principio de legalidad ejecutiva es palmaria.

En el mismo dictamen, además, la fiscalía resalta que no es susceptible de litigio judicial y es el mismo que, a través del artículo 491 del CPPN, promueve la incidencia litigiosa.

Esta cuestión tampoco es menor en cuanto a que conduce al juez de ejecución penal a la adopción de una decisión que debería escapar de su esfera. He aquí donde se recurre al “interés judicial” como eufemismo que sostiene todos los pronunciamientos.

Voy a reproducir algunas citas del dictamen fiscalista en análisis. Empiezo por la que dice:

El carácter discrecional del acto de potestad estatal de expulsión administrativa de extranjeros derivado de la soberanía estatal es en estos casos indisputable. (...) Según esa concepción, no se reconoce un derecho del extranjero a ser expulsado, sino que se trata de un acto de potestad estatal que se ejerce de modo unilateral, sin perjuicio del derecho del afectado a poner a prueba ante los tribunales su legalidad y legitimidad.

Comparto absolutamente. Siguiendo el texto citado, solo el Estado puede declarar la expulsión de una persona del territorio. No debe existir descoordinación o incongruencia entre los dos estamentos más fuertes de ese Estado en materia migratoria penal: el titular de la pretensión punitiva y representante de los intereses societarios, por un lado, y el titular del órgano de aplicación en materia migratoria, por el otro.

Si existe un acto expulsivo firme y consentido en relación a un extranjero condenado a una pena privativa de la libertad, según la ley, debe ser ejecutado y de forma inmediata.

Pero si no existe interés de la DNM, ni de la fiscalía en ejecutarlo, entonces claramente el acto no debió ser dictado. En caso contrario, se trata de una declaración ficticia y de un intento de clausurar las vías para la aplicación de la ley.

Es en este punto donde debería existir la intervención real de los jueces ejecutivos porque, nuevamente, se presenta la cuestión inherente al carácter inquisitivo del proceso penal ejecutivo. Es decir, existe un gobierno absoluto por parte del juez penal, pero, a la vez, todas las consecuencias de sus decisiones son absorbidas exclusivamente por la Magistratura. Al decir de Alderete Lobo (2018,196)

El sistema de jueces de ejecución, al hacer caer todo el peso de la decisión sobre el juez, permite que el Ministerio Público Fiscal sea liviano en sus pretensiones bajo el amparo de que el juez, de todos modos, las corregirá o perfeccionará con base al imperativo legal que se lo ordena. La desigualdad entre el condenado y el Estado se manifiesta más fuertemente en este sistema binario que en aquel que responsabiliza al ministerio público de la decisión (...).

En este punto se advierte, quizás con absoluta transparencia, este desligamiento de las consecuencias del accionar del Ministerio Público Fiscal, cuando, siendo representante de la pretensión punitiva de un Estado y de llevar a adelante las políticas criminales diseñadas, se aparta del mandato legal y propone postergar la decisión migratoria. Mientras exista una orden expulsiva se deberá ejecutar, ya que se trata de un imperativo legal. Pero el Estado, por su parte, puede decidir no dictarla a través de una disposición emitida por la Dirección Nacional y permitir que el sentenciado regularice su situación en el país en uso de sus facultades soberanas.

En conclusión: según el artículo 120 de la CN, el fiscal es el encargado de promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y los intereses generales de la sociedad. En el antecedente “Cerrudo”¹¹ se explicó que

¹¹ C.N.C.P. Sala II, “Cerrudo s/ recurso de Casación”, c.

Si el representante del Ministerio Público entiende que el interés en la ejecución de la pena se satisface ejecutándola bajo una determinada modalidad prevista en la ley, (...) su pretensión, en la medida que se mantenga estrictamente dentro de los límites legales, fija el alcance y límite de la jurisdicción, o si se quiere, el objeto del caso judicial. (...) el Juez no representa el interés del Estado en la ejecución de la pena, sino que asume una función jurisdiccional para asumir casos, en la que se debe asegurar la imparcialidad.

Es decir, no existe interés judicial en perseguir el cumplimiento de la pena sino un interés del titular de la pretensión punitiva. El juez debe aplicar la ley, y la ley, pese a quien le pese, establece que una vez que la expulsión administrativa queda firme y es consentida debe aplicarse el extrañamiento en forma inmediata. Es dentro de las esferas del Estado donde se debe decidir la razonabilidad y procedencia de este acto administrativo.

Desde otra perspectiva, en el pronunciamiento “D. A¹²”, el juez de ejecución penal interpretó que

Con posterioridad a la sanción de la ley migratoria, se han estatuido las leyes 25892 y 25948, que excluyeron del acceso de los institutos liberatorios a las personas condenadas por la comisión del delito de homicidio *criminis causae*, que se configura en el caso. Que el análisis de las normas citadas, permiten concluir que las men-

cionadas modificaciones en materia penal producidas con posterioridad a la sanción de ley migratoria, han quitado razonabilidad a la referencia temporal del artículo 64, inc. 1°, en virtud de los obstáculos que establece, en especial, el artículo 56 bis de la ley de Ejecución Penal. Que, en ese orden de ideas, considero que existe un legítimo interés judicial en el cumplimiento de la prisión y que este se erige sobre la potestad de la autoridad migratoria en materia de extrañamiento.

En cuanto a que las reformas vía las leyes 25.892 y 25.948 han quitado razonabilidad a la referencia temporal debo remitirme a lo dicho anteriormente en cuanto a la equiparación del extrañamiento a una libertad o a un beneficio penitenciario y a la necesidad de que se determine cuál es, entonces, la naturaleza del extrañamiento.

Debido a que este artículo se escribió con cierta cercanía a la última reforma de la Ley de Ejecución Penal no es posible determinar si, por ejemplo, este viraje de criterio significa que los jueces aplicarán la ley en su versión actual; es decir, si van a exigir un máximo grado de reinserción social. Eso implicaría, como ya lo he expuesto, que el acceso al extrañamiento en penas de menor cuantía pueda quedar al criterio del condenado, pues el cumplimiento de los objetivos que fija cada área que integra el Consejo Correccional y que permitiría el avance por el régimen progresivo hasta llegar al periodo de prueba depende exclusivamente de la voluntad del condenado¹³.

12.791 rta 15/12/2010.

12 Juzgado Nacional de Ejecución Penal 4 CPN 136617/2013/EP1, rta 11/4/2022. D.A fue condenado el Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional n° 5 a la pena de prisión perpetua por resultar coautor de los delitos de robo en concurso real con homicidio calificado *criminis causae*. La Sala de turno de la CCC rechazó el recurso el 30/6/2022 declarando su inadmisibilidad. CPN 136617/2013/EP1/2/CNC1. Reg. n° S.T. 1204/22.

13 López y Machado (2014,61), al analizar el art. 5 de la ley 24.660 y su voluntariedad, señalan que “El tratamiento es el cimiento de la lógica de la pena tal como se la aplica. De ahí su relevancia y necesidad de infabilidad y exactitud que se le exige. La voluntariedad es ficticia, pues el no cumplimiento conllevará indefectiblemente a que repercuta en calificaciones mínimas pero es justamente lo que se busca resaltar aquí”.

Hasta la fecha, tanto la UFEP como todos los jueces de ejecución penal han sustentado el criterio de que la ley aplicable al extrañamiento es la versión vigente al momento en que fue sancionada la ley 25.871.

Ahora bien: ¿qué es la razonabilidad? Así estructurada solo parece un intento más por apartarse de una ley que, históricamente, ha sufrido críticas en cuanto a su elaboración. Debe distinguirse la razonabilidad de la ley y la razonabilidad de la interpretación realizada. En el primer punto, la ley es clara y no ha sido sometida a ningún test de inconstitucionalidad. En segundo término, la razonabilidad, resumidamente, no es otra cosa que el sentido común, sumado a la experiencia y experticia del juzgador. Dentro de este aspecto, la congruencia es un factor preponderante. La coherencia jurídica, otro. Ambos requisitos se ausentan en la construcción que he intentado exponer.

Se verá entonces, a partir de una simple cita de la opinión fiscalista, acogida por el juzgador, como los principios rectores expuestos para una correcta interpretación resultan afectados:

el hecho de haber sido condenado a prisión perpetua, y no encontrarse incorporado al instituto de la libertad condicional, no permite establecer en la actualidad una fecha cierta de vencimiento y siendo que el acto de extrañamiento difiere la extinción de la pena hasta tanto opere dicho acontecimiento.

Puede verse cómo los lineamientos jurisprudenciales se construyen ya sobre otras bases cuya endeblez emana de las mismas causas: la férrea resistencia hacia el texto legal complementado por la obturación de las vías procesales por parte de las alzas para discutir interpretación y creaciones pretorianas que no alcanzan para justificar las razones del apartamiento de la ley. Quizás no hay frase que admita menos discusión que la que cierra el artículo 64, cuando dice: “El extrañamiento

tendrá por cumplida la pena impuesta”¹⁴. En ese sentido, en el fallo “L.V.”¹⁵ el juzgado de ejecución N° 3 planteó que:

no es lógico sostener que la tarea de los magistrados quede reducida a la de meros verificadores del cumplimiento de los tres requisitos previstos en el artículo 64 de la

14 Debemos recordar la posición de la Cámara ante la interposición de vías casatorias contra el diferimiento del vencimiento de la pena. En ese sentido, en diferentes fallos, la CNCC sostuvo que las partes carecen de “un interés en recurrir”, y por ende no se cumple el requisito ineludible de toda pretensión revisora, que es el gravamen actual, es decir un perjuicio que permanezca intacto. Se dijo que “pesa sobre él una prohibición de regreso al país por ocho años, que ello es así con independencia de si se declara o no extinguida la acción penal y que, en consecuencia, al haber consentido el recurrente la decisión del extrañamiento, y hallándose firme, a su vez, la prohibición de ingreso al país, dispuesta por la autoridad migratoria, no se advierte, ni la defensa lo ha demostrado, que la decisión de diferir la extinción de la pena cause perjuicio alguno al recurrente” (CNCC, Sala de turno, “Morales Coronel s/ recurso de casación” rta 21 de Abril de 2015, c. 43476/2012/toc 5/CNC1, reg. 159/15) Básicamente, lo que expresa la Alzada es que independientemente si se declara vencida o no la pena impuesta, lo que importa es que pesa de todas formas una prohibición de reingreso sobre el causante que se prolongará indefectiblemente más allá de sus límites temporales. Por ende, el perjuicio que se alega es conjetural, basado en un hecho que no ha sucedido y que solo podría ser invocado en el caso que, efectivamente se compruebe que el sentenciado ha vuelto a nuestro país. Entonces, un hecho no acaecido, una premonición de un reingreso que (aún) no ha ocurrido puede ser tomado como excusa para diferir la pena impuesta por los jueces— por las dudas—; pero esa misma posibilidad o eventualidad, al ser invocada por la defensa para impugnar el temperamento idéntico, es rechazada por conjetural.

15 F.L.V. s/extrañamiento, Juzgado Nacional de Ejecución Penal 3, CNCC 64475/2013/TO1/EP1, rta 7/7/22. El fallo aún no se encuentra firme. F.L.V. fue condenado, mediante sentencia del 17 de noviembre de 2021 dictada por el Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional nro. 5, a la pena de nueve años y seis meses de prisión, en orden al delito de abuso sexual agravado por haber existido acceso carnal, cometido en tres oportunidades.

ley 25.871. En ese sentido, corresponde preguntarse cuál habría de ser el objeto de intervención jurisdiccional, si únicamente debe ser constatada la superación de un lapso temporal de detención, la inexistencia de otros procesos en trámite o condenas pendientes de unificación y la firmeza de la resolución administrativa mediante la que se dispuso la expulsión del causante.

Si la ley requiere que la ejecución de la decisión administrativa sea autorizada por un magistrado, es evidente que se alude a la posibilidad de que sean valoradas otras cuestiones que, al decir de la misma solicitud objeto de la presente incidencia, conlleven la eventual persistencia del interés jurisdiccional en que el condenado continúe cumpliendo la pena impuesta mediante encierro carcelario en este país. En otras palabras, si la ley requiere la intervención de un magistrado, no queda más que sostener que tal actuación se encuentra referida a la labor que le es propia a aquél, esto es, valorar la mayor o menor entidad de elementos probatorios y resolver en consecuencia.

En el precedente “A.G”, usado como base para sustentar conceptos tales como que el extrañamiento no es un derecho del condenado y que los jueces y defensores carecen si quiera de la potestad de ejecutar la expulsión del causante, mucho menos de ordenarlo, se dijo específicamente que

la autoridad migratoria no puede ejecutar la expulsión sin que, previamente, el juez de ejecución establezca que se han reunido los presupuestos de artículo 17, acápites I y II de la ley de ejecución de la pena privativa de libertad, a los que remite el artículo 64 de la ley 25.871. Si están reunidos el juez de ejecución así lo declarará, y lo comunicará a la autoridad migratoria; en su defecto, declarará que la decisión de expulsión no es ejecutable.

Si leemos entre líneas las decisiones analizadas en este trabajo llegaremos a una sencilla conclusión: algunos de los jueces se sublevan a la jurisprudencia y tienen interés en que las penas más graves sean cumplidas en su totalidad, mostrando mayor animosidad para aplicar el instituto respecto de penas menores de prisión. Este sistema es, por ejemplo, aplicado en España¹⁶, donde el juez decide en un solo incidente no solo la suerte penal sino además la migratoria. Es decir, un sistema de “todo o nada”, propio de un sistema distinto al argentino. Vale destacar que el sistema español se contradice con la política migratoria diseñada en nuestro país. En ese sentido, de acuerdo al inc. c del artículo 29 de la ley 25871¹⁷, solo pueden ser expulsados aquellos ciudadanos

16 El artículo 89 del C.P de España (redacción del año 2015) incluyó la obligatoriedad de la sustitución de penas superiores a un año. En casos de penas mayores a cinco años, estableció que se dispondría la sustitución a partir de que cumpla la pena, desde su acceso al tercer grado del régimen penitenciario o cuando obtenga la libertad condicional. El inciso 3ro de la norma establece que “El juez o tribunal resolverá en sentencia sobre la sustitución de la ejecución de la pena siempre que ello resulte posible. En los demás casos, una vez declarada la firmeza de la sentencia, se pronunciará con la mayor urgencia, previa audiencia al Fiscal y a las demás partes, sobre la concesión o no de la sustitución de la ejecución de la pena.” Se establecen dispensas por arraigo social y laboral, pero a la vez, también, en determinados delitos, se prohíbe expresamente la sustitución señalada.

17 El artículo 29 de la ley 25871, en su inc. C contempla que podrá ser expulsado un extranjero por “haber sido condenado o estar cumpliendo condena, en la Argentina o en el exterior, o tener antecedentes por tráfico de armas, de personas, de estupefacientes o por lavado de dinero o inversiones en actividades ilícitas o delito que merezca para la legislación argentina pena privativa de la libertad de tres (3) años o más”. La exegesis de la norma trajo aparejados diversos criterios que han sido esclarecidos por la Corte Suprema en el fallo Apaza León (fallos 341:500). En el sentido que aquí interesa, solo podrán ser objeto de una disposición expulsiva penas privativas de la libertad igual o mayores a tres años en los casos donde se detecta una situación de irregularidad administrativa.

en condición irregular que comentan delitos con penas mayores a 3 años. En los supuestos que el ciudadano extranjero en conflicto con la ley penal ostente una residencia permanente, solo podrá ser cancelada si el delito tiene una pena mayor a 5 años¹⁸. Es decir, la perspectiva que se pregona en sede judicial coloca al instituto en vías de extinción.

Por último, transversalmente, me inmiscuiré en la evidente actuación de la víctima como promotora de los temperamentos ya analizados. Celebro su necesaria participación efectiva a la par de las partes del proceso ejecutivo para que su voz sea oída.

Ahora bien, su inclusión conlleva al diseño de una política criminal mucho más profunda, pues no basta con la neutralización del condenado en la cárcel (para que el caso en que la víctima viva en país de origen del extranjero) o con su expulsión, cuando reside en el país. Estas decisiones solo ponen de relieve la absoluta desconfianza que se tiene en el sistema pues se denota que todo control y medida de protección es vaticinada como inútil; que las fronteras y controles migratorios son laxos.

Si bien desde el punto de vista de la legalidad el extrañamiento no ha sido contemplado en la taxativa descripción del artículo 11 de la Ley de derechos y garantías de las personas víctimas de delitos¹⁹, ello puede ser atisbado

como una razón más para comprender que el instituto lejos se encuentra de constituir una “libertad” o un beneficio penitenciario. Pero también es admisible que pudiese ser una (otra) demostración de que el extrañamiento es excluido del régimen progresivo de la pena ya no por decisión legislativa sino por una omisión que -coincido con los jueces- debe ser inmediatamente reparada a través de una reforma íntegra de la ley.

Conclusiones

Una vez más, nos encontramos ante casos en los que la justicia intenta apartarse, con argumentos ingeniosos, de lo que la ley ha establecido con meridiana claridad. Nuevamente, nos remontamos a los orígenes de la ley y esa resistencia férrea de la que hablamos. Se sigue, por otros medios y con otros fundamentos, intentando negar la aplicación de un instituto. Lo que antes se trató de erigir como inconstitucional ahora es una lucha entre representantes del Estado que critican políticas de otras esferas. Se relativiza la verdadera afección que la pena de expulsión produce no solo sobre la persona, sino también como trasciende al núcleo familiar. Las ondas expansivas de sus efectos deteriorantes se propagan aún con mayor intensidad que los que emanan de la pena privativa de la libertad que, los penalistas, perciben como la máxima expresión del poder punitivo.

18 El artículo 62 establece que “La Dirección Nacional de Migraciones, sin perjuicio de las acciones judiciales que correspondieran deducir, cancelará la residencia que hubiese otorgado, con efecto suspensivo, cualquiera fuese su antigüedad, categoría o causa de la admisión y dispondrá la posterior expulsión, cuando y en su inc. B que: “El residente hubiese sido condenado judicialmente en la República por delito doloso que merezca pena privativa de libertad mayor de cinco (5) años o registrase una conducta reiterante en la comisión de delitos.

19 El artículo 12 de la ley 27.372 establece que “durante la ejecución de la pena la víctima tiene derecho a ser informada y a expresar su opinión y todo cuanto estime conveniente, ante el juez de ejecución o juez competente, cuando se sustancie cualquier planteo en el que se

pueda decidir la incorporación de la persona condenada a: a) Salidas transitorias; b) Régimen de semilibertad; c) Libertad condicional; d) Prisión domiciliaria; e) Prisión discontinua o semidetención; f) Libertad asistida; g) Régimen preparatorio para su liberación. El Tribunal a cargo del juicio, al momento del dictado de la sentencia condenatoria, deberá consultar a la víctima si desea ser informada acerca de los planteos referidos en el párrafo que antecede. En ese caso, la víctima deberá fijar un domicilio, podrá designar un representante legal, proponer peritos y establecer el modo en que recibirá las comunicaciones”.

La nueva redacción de la ley 23.375 es claramente la que mejor refleja su postura: la necesidad de que el futuro extrañado perciba un tratamiento penitenciario más eficaz, donde su regreso al seno societario de su país de origen pueda vaticinarse pacífico y la posibilidad de reiteración de la conducta delictiva disminuida. ¿Qué mejor herramienta que la ley, cuyo artículo 17 exige la incorporación al periodo de prueba, y, por consiguiente, una calificación de conducta y de concepto máximas? Nada más simple que ello para asegurar que el condenado será deportado con el grado de reinserción social perfecto.

Como lo he sostenido anteriormente, la experticia de los jueces de ejecución penal es evidente y han detectado que someterse a ese criterio implicaría que el extrañamiento sea una decisión casi exclusiva del condenado, toda vez que el tratamiento penitenciario no es coercitivo y el avance por el régimen progresivo, sin esa voluntad, es imposible.

He aquí, por ende, imprescindible la razonabilidad de la decisión. Entre estas construcciones complejas que erigen principios loables se observa una edificación cuyos cimientos son endeble pues fueron forjados con argumentos forzados. El extrañamiento no es una “libertad” y arribar a esa conclusión es la comprobación de esta ausencia de congruencia jurídica.

Indiscutiblemente, los jueces de ejecución buscan recuperar el poder absoluto sobre el gobierno y dirección del proceso ejecutivo en esta materia. Era una reacción esperable, como lo dije, por las características inquisitivas de esta etapa.

El extrañamiento, desde su origen, ha sido incorporado en un ordenamiento equivocado. Es un instituto penal que incide, directamente, sobre la ejecución de una pena privativa y el régimen progresivo. A la vez, la mixtura con el derecho administrativo es sustancial. Su abordaje no puede sesgarse a una

sola perspectiva, pues concebir un acto de tanta gravedad, definitivo y expansivo solo como el cese del encierro, es el síntoma más claro de un análisis parcelado.

La inclinación hacia la creación de un fuero migratorio, con integrantes con formación especializada, donde el juez no solo aborde la incidencia sobre la pena sino además las cuestiones inherentes a la expulsión decretada, la cancelación de las residencias, las posibles dispensas establecidas en la ley relacionadas con el arraigo, la reunificación familiar o razones humanitarias, los mecanismos de retención judicial resulta, con el correr del tiempo, una propuesta insoslayable, conforme lo establece el artículo 98 de la ley 25871²⁰.

Bibliografía

Alderete Lobo Rubén. 2008. *Acusatorio y ejecución Penal*. Buenos Aires: Editores del Sur.

Alderete Lobo, Rubén. 2005. “La expulsión del país de personas extranjeras en situación irregular que se encuentran cumpliendo pena privativa de la libertad. Un análisis del artículo 64 ley 25.871 a partir del fallo Chukura O’Kasili de la Sala 1ª de la CNCP”, en *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal n° 15*, Lexis-Nexis, 1745-1755.

López, Axel y Machado, Ricardo. 2014. *Análisis del régimen de ejecución penal*. Buenos Aires: FD editor.

Fiuza Casais, Martin. 2021. “Requisitos temporales para el extrañamiento a partir de la Ley N° 27.375. Análisis de su naturaleza

²⁰ El artículo 98 de la señalada ley reza que “Serán competentes para entender en lo dispuesto en los Títulos V y VI los Juzgados Nacionales de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal o los Juzgados Federales del interior del país, hasta tanto se cree un fuero específico en materia migratoria”.

jurídica” en *Miradas interdisciplinarias sobre la ejecución penal*. Vol. II. *Revista jurídica AMJN*. IJ editores, 155/190.

Muñoz Gayan, María Estrella. 2016. “La expulsión judicial de los extranjeros como medida sustitutiva a la pena de prisión en la reforma de la L.O. 1/2015”. Disponible en https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/669054/2016_Tesis_Mu%C3%B1oz%20Gayan_Maria%20Estrella.pdf?sequence=1

Voto migrante en Argentina: emergencia de una ciudadanía posnacional basada en la residencia

Ana Paula Penchaszadeh

Doctora en Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires (UBA), Doctora en Filosofía de la Université Paris 8, Magíster en Sociología y Ciencia Política de la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO) y Licenciada en Ciencia Política de la UBA. Es profesora de grado y de posgrado en la UBA e investigadora adjunta del CONICET con sede en el Instituto de Investigaciones Gino Germani.

Joanna Sander

Licenciada en Ciencias Antropológicas por la Universidad de Buenos Aires. Especialista en Migración y Asilo desde una perspectiva en Derechos Humanos (IJDH-UNLa). Doctoranda en Antropología por la Universidad de Buenos Aires.

I. Introducción

La migración tiene la capacidad de conmovir, de un lado y otro de la frontera, los fundamentos de la ciudadanía. Por el mero hecho de migrar, se produce un desacople de ciudadanía y nacionalidad (dos conceptos que suelen utilizarse como sinónimos) y una contracción de los ámbitos legítimos de acción de las personas que migran. Cuando un nacional migra, deja de gozar de una ciudadanía plena en su país de origen, por no hallarse en el territorio; y, al mismo tiempo, se transforma en un *meteco*¹ en el país de destino, por no ser nacional. La migración implica así, siempre, una pérdida de ciudadanía.

Para comprender por qué la migración afecta negativamente la ciudadanía, es preciso analizar el vínculo entre ciudadanía y nacionalidad. Estos dos conceptos se han definido especularmente a lo largo de la historia moderna. Nuestras comunidades políticas se han organizado en la modernidad bajo la forma de Estados-nación, cuyo principio de organización descansa en un *topos* específico (territorio) desde el cual se ritualiza la dimen-

¹ En la Antigua Grecia, extranjero que se establecía en Atenas y que no gozaba de los derechos de ciudadanía (Real Academia Española, s.f. definición 2).

sión de la pertenencia en base al “nacimiento” (origen etimológico de la palabra “nación”) (Stolcke 2000: 24).

La nación acomuna a individuos según el principio ficcional y funcional de un origen común, como hermanos de nacimiento (*ius sanguini* o *ius solis* son dos formas de enraizar el nacimiento ya sea en el seno de una familia o en un determinado suelo/territorio). Esta ligazón con el Estado vía la nación o, más puntualmente, vía la nacionalidad (reconocimiento jurídico expreso de ciertos individuos como “propios” por parte de una comunidad política organizada), se traduce, en los órdenes democráticos, como cierto “poder hacer”. La ciudadanía es ese estatus asociado al reconocimiento legal de ciertas capacidades y ámbitos legítimos de acción que, como veremos, no se asocia solamente a la nacionalidad (principio conservador, “portable” e incondicional), sino también al territorio (principio espacial relativo) y a la democracia (principio de excedencia política).

La nacionalidad es un conjunto de instituciones jurídicas que regula la pertenencia a un Estado según distintos criterios (*ius sanguinis*, *ius solis*, naturalización), mientras que la ciudadanía es un conjunto de prácticas participativas y compromisos cívicos en una comunidad política específica (Brubaker 1992, 51). De forma que, si la ciudadanía se define por la habilitación de ámbitos legítimos de acción (traducidos como derechos, garantías y deberes) según el principio de igualdad, así como por la capacidad de disputar libre y legalmente las reglas y las normas de la comunidad (de lo común a todos), su sentido no sólo es más amplio sino que abarca al de nacionalidad “entendida como la posesión de ciertas cualidades estipuladas legalmente que establecen quiénes pertenecen a un Estado nacional” (Stolcke 2000: 23).

Desde Aristóteles, el ciudadano (*polites*) se ha definido como aquel que es parte de la

comunidad política (*polis*) y puede intervenir en la definición de los asuntos de comunes, existiendo una simetría (al menos potencial) entre gobernar y ser gobernado. Los derechos políticos hoy no sólo abarcan los derechos políticos en sentido estricto (sufragio activo y pasivo, y acceso a cargos públicos), sino también los derechos de participación (asociación, manifestación, reunión, petición, afiliación a partidos políticos, libre sindicación y huelga); los derechos a la libre expresión e información y el acceso a los medios de comunicación y a la creación de plataformas propias de expresión; así como las facultades de intervención en órganos, foros, consejos consultivos y otros dispositivos de participación y consulta en los que se canalizan las demandas y recomendaciones de las personas inmigrantes sobre el diseño y la gestión de programas y políticas que las afectan (de Lucas 2005, 28-29).

Los derechos políticos son una herramienta clave para la integración social, económica, jurídica y cultural de la población, ya que permiten resguardar los derechos ya reconocidos, y conquistar nuevos derechos a través de canales institucionalizados, es decir, mediante el ejercicio de una ciudadanía plena y del ejercicio del “derecho a tener derechos” (Arendt 1968). Un indicador claro (más no único ni suficiente) de ciudadanía es, entonces, la posesión de derechos políticos. Ahora bien, la condición de extranjería se define a partir de un umbral de inclusión: tanto en el país de origen, como en el país anfitrión, al migrante se le niegan los derechos políticos plenos, ya sea por no ser nacional de la comunidad de destino o por no residir en el territorio de su comunidad política de origen. La doble ausencia del migrante, en el Estado de origen y en el de destino, como señalaba Sayad (1999, 486- 487), se manifiesta en una doble exclusión política: *ni de aquí, ni de allá*.

Pero es posible dar un paso más y decon-

truir la idea de que la ciudadanía puede reducirse a la nacionalidad (Faist 2015, 27). Por un lado, los inmigrantes que residen de manera permanente en un determinado Estado son ciudadanos de hecho, que desafían el criterio cuasi-feudal de la nacionalidad para el reconocimiento del estatus de ciudadano (Faist 2015, 25; Penchaszadeh y Condori 2016; Mezzadra 2012). Por otro lado, la histórica omisión de los emigrados muestra que no alcanza con ser nacional para ser ciudadano y que, eventualmente, deben conquistarse los derechos políticos desde el exterior.

De un lado y otro de la frontera, la ciudadanía tiene un carácter performativo (Butler y Spivak 2009: 90; Faist 2015: 27): mientras que los inmigrantes “territorializan” su ejercicio, al apelar a la residencia para fundamentar su pertenencia política a la comunidad de destino; los emigrados desterritorializan su ejercicio, al reinstaurar el carácter incondicional del vínculo nacional con su comunidad de origen. Con la migración se abren dos procesos transnacionales de democratización: uno en nombre de la nacionalidad, otro en nombre de la residencia (*ius domicili*) (Bauböck 2015, 7; Faist 2015, 38). Ambos procesos y ejercicios muestran otra concepción de la ciudadanía transnacional, es decir, más allá de los confines exclusivos del Estado-nación.

La apuesta es pensar una comunidad política en movimiento, más allá de la tríada estática y sedentaria ciudadanía-nacionalidad-territorio. Gracias al principio de democratización abierto por las migraciones, el orden político se halla dislocado tanto en su dimensión territorial, como nacional. De ahí, la creciente importancia de los ejercicios transnacionales para la consolidación y ampliación de este nuevo espacio de acción interestatal.

Tanto el sufragio desde el exterior como el sufragio de los extranjeros pueden ser llamados acertadamente transnacionales porque

implican la construcción de espacios políticos transnacionales a través de una serie de flujos multidireccionales y transfronterizos de personas, información e influencia políticas, votos, representación y valores, flujos que están por lo general arraigados sistemáticamente, es decir, que no son ocasionales ni circunstanciales (Emmerich y Carrera Barroso 2016, 41).

A lo largo de este artículo, analizaremos las características del voto de migrantes residentes en Argentina² mostrando la disociación que opera sobre el vínculo entre ciudadanía y nacionalidad. Veremos que el proceso de *ciudadanización* de los inmigrantes requiere hacer trabajar la diferencia entre ciudadanía y nacionalidad y enfatizar el criterio de residencia.

II. Desacoplar ciudadanía y nacionalidad: territorialización de los ejercicios político-electorales con base en el principio de la residencia

Argentina es un país históricamente marcado por la inmigración. Desde su independencia en 1816, la inmigración fue objeto de políticas de Estado para “poblar” el territorio. El vínculo entre población y espacio fue un componente clave en el pensamiento de las elites políticas de mediados del siglo XIX. Así quedó plasmado en la Constitución Nacional de 1853, en la Ley de Ciudadanía y Naturalización de 1869 y en la primera Ley Nacional sobre Inmigración y Colonización de 1876 (Pacecca y Courtis 2008).

2 La literatura especializada sobre los derechos políticos aborda el estudio en sus tres facetas: voto de argentinos en el exterior (Emmerich, 2011; Modolo, 2014), voto en elecciones locales de extranjeros residentes en Argentina (Fernández Bravo, 2017; Penchaszadeh, 2012; Courtis y Penchaszadeh, 2016; Penchaszadeh y Rivadeneyra, 2018) y voto transnacional desde Argentina (es decir: extranjeros residentes en Argentina que votan en las elecciones nacionales de sus propios países de origen) (Canelo et. al, 2012; Halpern, 2003; Merenson, 2013).

En las últimas décadas del siglo XIX y hasta 1930, arribaron grandes contingentes de migrantes provenientes de países de ultramar y, en menor medida, pero de manera constante hasta nuestros días, de países latinoamericanos (desde los primeros censos hasta la actualidad, esta migración ha representado entre el 2% y el 3,5% de la población total del país) (Pacecca 2019). A partir de la década de 1990, a las históricas migraciones latinoamericanas, provenientes de Uruguay, Chile, Bolivia y Paraguay³, se sumaron arribos (de distinta magnitud) de otros países de la región, especialmente Perú, Colombia y, más recientemente, Venezuela (Pacecca 2019), así como otras nacionalidades extrarregionales de Europa, Asia y África (Cerrutti 2020).

Según el último Censo Nacional (INDEC)⁴ de 2010, en Argentina habitaban 1,8 millones de migrantes, que representaban el 4,5% de la población total. A partir de las últimas estimaciones de las Naciones Unidas, para el año 2019, el número de inmigrantes habría ascendido a 2.3 millones y representaría el 4,9% de la población total del país (Lieutier 2019). Argentina ha sido, y es en la actualidad, uno de los principales países receptores de migraciones de América, junto con Estados Unidos. En términos absolutos, también es el principal país de destino de migraciones del MERCOSUR (seguido de Chile, con 1 millón de migrantes).

Desde los albores del Estado-nación argentino, los derechos políticos fueron una herramienta central para trazar una frontera interna entre el “nosotros”, los ciudadanos, y los “otros”, los ex-

tranjeros. Los constituyentes y legisladores (con) fundieron y homologaron los conceptos de ciudadanía y nacionalidad, tanto en la Constitución Nacional de 1853 (y sus posteriores reformas), como en la Ley 346 de Ciudadanía y Nacionalidad de 1869 (aún vigente).

(...) no es el goce de derechos civiles lo que distingue a los nacionales de los extranjeros, sino la posibilidad o no de ejercer los derechos propios del ciudadano, a saber elegir y ser elegido cuando reúna los requisitos establecidos por la Constitución y las leyes. La Constitución utiliza los términos “nacionalidad” y “ciudadanía” como sinónimos aun cuando pueda utilizar, cuando resulte necesario, la expresión “ciudadanía” con un alcance más preciso. Los constituyentes establecieron claramente el principio de que todo nacional debe ser ciudadano (...). La asimilación no responde a un error conceptual sino al propósito de no admitir entre los “habitantes de la Nación (...) otra distinción que la posibilidad de ejercer y asumir los derechos y obligaciones políticos (Debate DN, 1984).

Ahora bien, como el sistema de inclusión/exclusión propia del status de ciudadanía no es de carácter lógico sino histórico y político (Balibar 1992), la frontera que separa el adentro y el afuera ha sido y es objeto de luchas y transformaciones (Villavicencio 2003). La inclusión política de los migrantes, necesariamente, implica una resignificación de las fronteras establecidas hacia el interior de la sociedad y una deconstrucción del vínculo entre ciudadanía y nacionalidad.

La Ley de Migraciones N° 25.871, vigente desde 2004, vino a ratificar un derecho previamente reconocido a los migrantes a nivel local (provincial o municipal)⁵. El artículo 11

3 En líneas generales los migrantes provenientes de la República Oriental del Uruguay y la República de Chile, llegaron a la República Argentina con anterioridad al año 2001. En tanto que dentro de las migraciones relativamente más “recientes” se ubican las personas de nacionalidad boliviana, paraguaya y peruana (Lieutier, 2019:37).

4 Las siglas hacen referencia al Instituto Nacional de Estadísticas y Censos de la República Argentina.

5 Con excepción de la provincia de Formosa, que aún

de esta ley estipula, de manera muy amplia y general, que se facilitará la consulta o participación de los extranjeros en las decisiones relativas a la vida pública de las comunidades locales donde residan.

Debido al principio federal de la República Argentina, la elección de autoridades locales constituye una competencia reservada a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (de ahora en adelante CABA). En estos 24 distritos electorales, se observan diferentes sistemas con alcances y requisitos diferenciados en materia de voto migrante (Pericola 2015, 181). En este concierto de particularismos electorales, destacan los casos de la CABA y la Provincia de Buenos Aires, ya que en ellas se concentra la mayor cantidad de migrantes del país. Según el censo de 2010, las personas migrantes se ubican centralmente en áreas urbanas, pero además presentan una elevada concentración en el Área Metropolitana de Buenos Aires (AMBA): el 21% de la población migrante vivía en la Ciudad de Buenos Aires y el 41% en los 24 partidos del AMBA que la circundan; mientras que un 11% residía en otras localidades de la Provincia de Buenos Aires (Lieutier 2019, 25). En la CABA, según este mismo censo, la población migrante representaba el 13,2 % de la población total, mientras que en la Provincia de Buenos Aires representaba el 6%⁶.

La Provincia de Buenos Aires consagró el derecho al voto de los migrantes en el año 1995, a través de la Ley N° 11.700⁷. Desde el

año 2009, se reconocen tanto de voto activo como el pasivo (solo para el cargo de concejal, acreditando cinco años de residencia en la provincia). Desde ese mismo año, se estableció que el padrón de electores se conforme automáticamente, a partir del criterio de regularidad migratoria, y la obligatoriedad del voto, en igualdad de condiciones con el nacional (Pacecca 2017). La cantidad de inscriptos de las elecciones de 2011 ascendió a 339.803, frente a los 272.494 empadronados de 2009. El número de inscriptos aumentó nuevamente, en las elecciones de 2015, a 570.000 (de los cuales sólo votó el 28%) (Pacecca 2017, 65) y, en las elecciones de 2017, a 645.396 (de los cuales votó el 27,18%) (Alfonso 2017, 88). En las elecciones de 2019, la cantidad de electores extranjeros inscriptos en el padrón de la Provincia de Buenos Aires fue de 669.676, mientras que la tasa de concurrencia ascendió a 30,33%. En 2021, el número de empadronados migrantes creció 25%, acumulando 868.463 inscriptos, mientras que la tasa de participación (27%) experimentó (por primera vez, desde 2009) un leve descenso (tendencia que también se observó en la curva de participación histórica de nacionales y que se asocia al contexto pandémico en el cual se realizaron los comicios).

La CABA sanciona la primera normativa sobre derechos políticos de los extranjeros en 1917⁸, aunada a criterios censitarios y de género (Fernández Bravo 2017). A lo largo del siglo XX, se observa el impacto negativo de la política migratoria en la posibilidad de ejercer estos

no reconoce ninguna instancia de participación electoral para esta población.

6 Se toman los datos del Censo Nacional de Población 2010, pues los datos del último censo de 2021 aún no están disponibles. Más adelante en este mismo artículo se analizan los datos actualizados de los padrones electorales, hasta el año 2021.

7 La Ley N° 11.700 fue modificada por la Ley N° 12.312 que promueve una política de empadronamiento por

el gobierno de la provincia. A esta política de empadronamiento se le suma la Ley N° 14.086 de 2009, que establece la obligatoriedad del voto de los extranjeros empadronados (Penchaszadeh 2012, 57).

8 La Ley Nacional N° 10.240/17 modificará la Ley Orgánica de la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires (Fernández Bravo 2017, 20).

derechos: recién en 1987⁹ los migrantes volverán a poder ejercer estos derechos. En 2000, se sanciona la Ley N° 334 y con ella se crea un sistema de empadronamiento y registro voluntario, restringiendo el sufragio a su dimensión activa. Esta normativa, como mostraremos en el próximo párrafo, desalentó la participación electoral de los migrantes y obstaculizó el ejercicio de los derechos políticos (Defensoría del Pueblo & Red de Derechos Humanos del CONICET 2022). En 2018, como parte del largo proceso de autonomización de la CABA y en respuesta a distintos reclamos llevados a cabo por la Defensoría del Pueblo de la Ciudad, organizaciones de la sociedad civil y la academia, se sanciona el primer Código Electoral de la CABA que garantiza a los migrantes mayores de 16 años, con residencia permanente en la ciudad, el empadronamiento automático, pero desestima el reclamo de generar instancias de representación de y para migrantes (Penchaszadeh y Rivadeneyra 2018; Penchaszadeh y Asurey 2020; Defensoría del Pueblo & Red de Derechos Humanos del CONICET 2022). El nuevo sistema de empadronamiento automático recién se implementó en las elecciones de 2021 y, como veremos, produjo un salto superlativo en el número de migrantes habilitados para votar las autoridades de la ciudad.

Los datos del Tribunal Superior de Justicia muestran, claramente, los bajísimos números de inscripción y de participación de los migrantes en relación al número de migrantes residentes en la CABA, hasta 2019. El padrón contó, en 2009, con 10.624 inscriptos (tasa de participación del 34%); en 2011, con 11.781 (tasa de participación del 42, 71%); en 2015, con 14.211 (tasa de participación del 37%); en 2017, con 16.334 (tasa de participación

del 27,22%); y, en 2019, con 20.857 (tasa de participación del 42,98%)¹⁰. Con la última reforma electoral, en las elecciones 2021, el número de migrantes porteños empadronados creció 20 veces, al registrarse inscriptos. Así, la población migrante pasó de tener una fuerza electoral potencial de menos del 1% en 2019, a concentrar el 14,2%, en 2021. Aunque la tasa de participación fue baja (18,7%), no debe soslayarse que en estos últimos comicios locales ejercieron su derecho a voto más de 70.000 nuevos votantes migrantes. También cabe remarcar que, en 2021, se mejoraron y ampliaron los circuitos electorales de migrantes, al integrarlos con los circuitos de votación de los nacionales, al tiempo que se establecieron roles más claros en materia de difusión e información acerca de los medios y las condiciones para ejercer el voto.

Al observar las experiencias de la Provincia de Buenos Aires y la CABA, se evidencia que los antiguos sistemas de empadronamiento voluntario funcionaron otrora como un obstáculo para el ejercicio de los derechos políticos de la población migrante; y que, por el contrario, la implementación de sistemas de inscripción automática ha facilitado y potenciado la participación electoral de este colectivo¹¹. Pero más allá de la inscripción, es preciso también avanzar en el reconocimiento del voto pasivo migrante, completando así el círculo de la representación, y promover campañas de información acerca de las características y el alcance del derecho al voto reconocido a esta población (Defensoría del Pueblo & Red de Derechos Humanos del CONICET 2022).

10 Los comicios de 2015 y 2019 resultan más convocantes, porque corresponden a elecciones de Jefe de Gobierno, mientras que las de 2017 a elecciones legislativas (Defensoría del Pueblo 2018).

11 El mismo patrón se observa en relación a la evolución de los niveles de participación electoral de los argentinos residentes en el exterior, desde que se implementara, en 2017, el empadronamiento automático.

9 La Ley N° 23.510/87 creó el Registro de Electores Extranjeros de la Ciudad de Buenos Aires, y habilitó a votar a los extranjeros en las elecciones de concejales y consejeros vecinales de la ciudad (Fernández Bravo 2017, 26).

Ahora bien, a pesar de estos obstáculos, es preciso señalar que la concurrencia electoral migrante ha evolucionado de manera positiva en los últimos años: efectivamente, cada vez más personas migrantes participan en los actos electorales en estas dos circunscripciones.

Para potenciar la participación político-electoral de esta población, en el futuro es preciso avanzar en el reconocimiento de los derechos de los migrantes a nivel nacional, pues es en este plano donde se define la política migratoria, a saber, las condiciones que se les imponen a los migrantes para ingresar, radicarse y permanecer en el país. Distintos proyectos de ley, destinados a regular el voto de los migrantes en las elecciones nacionales argentinas, han sido presentados entre los años 1984 y 2012, pero ninguno prosperó en el Congreso de la Nación (Gil Araujo 2017). Estas iniciativas fracasaron, básicamente, porque los legisladores no conciben la posibilidad de escindir ciudadanía de nacionalidad y exigen que los migrantes se naturalicen para poder acceder plenamente a los derechos políticos (Courtis y Penchaszadeh 2016).

En 2016, con el objetivo declarado de ejercer su ciudadanía de *hecho*, dos importantes organizaciones de migrantes, la Red Nacional de Migrantes y Refugiados en Argentina y de la Red Nacional de Líderes Migrantes en Argentina, elaboraron y presentaron un proyecto de Ley Nacional de Voto Migrante (Penchaszadeh y Condori 2017). Esta propuesta, elaborada *por migrantes para migrantes*, fundamentó la participación política de los no nacionales en la residencia, como un derecho ligado a y condicionado por la presencia efectiva en el territorio.

Aún quedan muchos obstáculos por superar para facilitar el ejercicio del sufragio migrante en Argentina; en especial, es preciso reconocer el voto pasivo, promover y desarrollar campañas de información, dirigidas y pensadas por y para esta población, y ampliar el al-

cance del voto a nivel nacional. Ciertamente, la evolución positiva de los niveles de participación confirma que la construcción de una cultura política electoral requiere tiempo y, a su vez, de incentivos institucionales adecuados.

III. A modo de conclusión

La ciudadanía tradicional basada exclusivamente en la nacionalidad, propia de los Estados nación de los siglos XIX y XX, se encuentra hoy cuestionada por la globalización, la creciente heterogeneidad que caracteriza a las sociedades, la hegemonía proclamada de los derechos humanos en nuestros órdenes democráticos y la acción de las migraciones (de Lucas 2005, 22). En este contexto, todos los sujetos implicados en la interacción social, tanto nacionales como migrantes, forman parte de una comunidad política *in extenso*; son ciudadanos de hecho o de derecho, sujetos políticos, que buscan hacer coincidir, de un lado y otro de la frontera, la esfera de quienes establecen las normas y las políticas públicas con la esfera de los afectados por las mismas (González 2007, 6-7). Nos recuerdan así la máxima de la representación: los gobiernos solo pueden tomar decisiones legítimas, toda vez que representan un punto de vista válido para los interesados y se basan en procesos públicos consultivos y deliberativos en los que participan todos los ciudadanos, nacionales o no, en condiciones de libertad e igualdad (Delgado Parra 2017, 119-120).

La inclusión de las personas migrantes en el sistema representativo de premios y castigos también contribuye a paliar el uso político y electoral de la xenofobia por parte de políticos y funcionarios que deben velar por sus votos, especialmente en contextos de difícil agregación de mayorías (Penchaszadeh 2012; Penchaszadeh y Rivadeneyra 2018). A su vez, el reconocimiento de los derechos políticos de las personas migrantes que re-

siden de manera permanente en un determinado Estado o mantienen lazos de pertenencia fuera de él es un indicador de una “democracia saludable” (Ramírez Gallegos 2018, 795), no solo porque amplía los límites de la comunidad política del Estado más allá de los confines de la nacionalidad y del territorio, sino porque elimina las condiciones para el uso político de las migraciones.

A partir del análisis del alcance de los derechos políticos de los migrantes en la CABA y la PBA, se evidencia la importancia de la distinción de ciudadanía y nacionalidad para habilitar nuevos procesos de democratización, pues los migrantes solo pueden ejercer sus derechos políticos en la medida en que son capaces de desacoplar ciudadanía y nacionalidad en el país de destino.

La emergencia del sufragio transnacional en Argentina debe comprenderse en el marco más amplio de los procesos de democratización que tuvieron lugar luego de la última dictadura cívico-militar (1976-1983). El voto de los inmigrantes a nivel local se ha institucionalizado y extendido a partir de la década de 1980, experimentando su participación efectiva una positiva pero aún débil evolución. Estos bajos niveles de concurrencia guardan relación con la forma en que el Estado argentino ha gestionado y gestiona la inclusión/exclusión de los migrantes dentro de las comunidades políticas locales: por ejemplo, la imposición de sistemas de empadronamiento voluntario, como condición para ejercer el sufragio activo, funciona en la práctica como un gran obstáculo a la hora de garantizar la participación de esta población en los actos electorales. Por el contrario, el crecimiento superlativo de los padrones de migrantes, como consecuencia de la implementación de sistemas de empadronamiento automático, no sólo ha promovido un ajuste de la ciudadanía de derecho a la ciudadanía de hecho, sino también una refundación po-

sitiva de las estrategias políticas de candidatos y partidos: pues, en la medida en que el peso político-electoral de los migrantes aumenta, son mayores incentivos para representar sus intereses, en especial, en contextos de difícil agregación de mayorías.

Bibliografía

Arendt, Hannah. 1968. *The origins of Totalitarianism*. Harcourt. New York.

Balibar, Etienne. 1992. *Les frontières de la démocratie*. París: La découverte.

Bauböck, Rainer. 2015. “Ius filiationis: a defence of citizenship by descent”. En Dumbrava, C. y Bauböck, R (Ed.) *Bloodlines and belonging: Time to abandon ius sanguinis?* (pp.6-10) EUI Working Paper RSCAS 2015/80, Italia: European University Institute.

Brubaker, Rogers. 1992. *Citizenship and Nationhood in France and Germany*. Cambridge, Harvard Univ. Press.

Butler, Judith y Spivak, Gayatri Chakravorty. 2009. *¿Quién le canta al Estado-nación?* Buenos Aires: Paidós.

Canelo, Brenda; Gallinati, Carla, Gavazzo, Natalia, Nejamkis, Lucila. 2012. “¡Todos con Evo! El voto boliviano en Buenos Aires”. En: Lafleur, Jean-Michel (ed.) *Diáspora y voto en el exterior. La participación política de los migrantes bolivianos en las elecciones de su país de origen* (pp. 91-110). Barcelona, España: CIDOB.

Cerrutti, Marcela. 2020. *Estudiantes inmigrantes en las escuelas primarias y secundarias de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*. Organización de Estados Iberoamericanos para la Educación, la Ciencia y la Cultura; Ministerio de Educación de la Ciudad de Buenos Aires.

Courtis, Corina y Penchaszadeh, Ana Paula. 2016. "Sujetos políticos migrantes y el dilema de la naturalización. ¿Variaciones posnacionales?". *Colombia Internacional*, N° 88, septiembre-diciembre (pp. 159-182) Colombia: Universidad de Los Andes Bogotá.

De Lucas, Javier. 2006. "La ciudadanía basada en la residencia y el ejercicio de los derechos políticos de los migrantes". *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, N° 13. ISSN-e 1138-9877.

Defensoría Del Pueblo. 2018. "Derechos políticos de los y las migrantes en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires". *Apuntes de trabajo N° 2*.

Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires & Red de Derechos Humanos del Conicet. 2022. *Informe diagnóstico sobre las dinámicas de participación político-electoral de la población migrante residente en la CABA en las elecciones de 2021*. Buenos Aires: Defensoría del Pueblo de la CABA / CONICET.

Delgado Parra, Concepción. 2017. "Hospitalidad y ciudadanía desde la perspectiva de Seyla Benhabib". En: Arteaga Conde, Oliva Ríos y Rodríguez Ortiz (comps.) *Hospitalidad y ciudadanía. De Platón a Benhabib* (pp.105-136). México: Editorial Itaca.

Emmerich, Gustavo Ernesto y Carrera Barroso, José Antonio. 2016. "Sufragio transnacional: Votantes argentinos, ecuatorianos, peruanos y venezolanos en México, 2011-2013". En: Emmerich y Olguín (Ed.) *Sufragio Transnacional y Extraterritorial. Experiencias Comparadas*, Universidad Autónoma Metropolitana, CONACyT, IIDH-CAPEL, México.

Emmerich, Norberto. 2011. "El sufragio transnacional en Argentina: problemas y po-

sibilidades". Serie Documentos de Trabajo N° 269, Universidad de Belgrano, Buenos Aires.

Faist, Thomas. 2015. "Migración y teorías de la ciudadanía". En: Mateos (Ed) *Ciudadanía múltiple y migración. Perspectivas latinoamericanas* (pp.25-56). CI DE-CIEAS. México.

Fernández Bravo, Ezequiel. 2017. *¿Quién es ciudadano? Restricciones y demandas en el acceso a derechos políticos de migrantes en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*. Tesis de maestría en Derechos Humanos y Democratización en América Latina y el Caribe. Centro Internacional de Estudios Políticos – CIEP. Universidad Nacional de San Martín.

Gil Araujo, Sandra (2017) Extranjeros en la Nación. Una exploración por los proyectos de ley sobre voto de los extranjeros en las elecciones presidenciales de Argentina (1984-2012). *Temas de Antropología y Migración*, N° 8, Edición Especial 2016 – 2017 (pp. 10-25) ISSN: 1853-354X.

Halpern, Gerardo. 2003. "Exiliar a los exiliados. Acerca del derecho al voto de los paraguayos en el exterior". En: Calderón Chelius, Letizia (coord.) *Votar en la distancia. La extensión de derechos políticos a migrantes, experiencias comparadas*. México: Ed. Contemporánea sociología, Instituto de Investigaciones Sr. José Ma. Luis Mora.

Indec. 2010. Censo Nacional de Población, Hogares y Viviendas 2010. Argentina: Instituto Nacional de Estadísticas y Censos.

Lieutier, Ariel. 2019. *Condiciones de vida de migrantes en la República Argentina. Caracterización de la población migrante para el seguimiento del ODS N° 1 (Fin de la pobreza)*. Organización Internacional para las Migraciones.

Merenson, Silvina. 2013. "El voto Buquebús. Escalas entrelazadas en la producción del voto transnacional frenteamplista de los uruguayos en Argentina". Ponencia presentada en el XXXI International Congress of the Latin American Studies Association. USA: Washington.

Mezzadra, Sandro. 2012. "Capitalismo, migraciones y luchas sociales. La mirada de la autonomía". Nueva Sociedad, N° 237, pp. 159-178.

Modolo, Vanina. 2014. "Participación política de los migrantes. Reflexiones sobre la extensión de la ciudadanía en Argentina". *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, Año LIX, núm. 220, pp. 349-370.

Pacecca, María Inés. 2017. "Electores extranjeros en la Provincia de Buenos Aires. La regulación del derecho al voto en los siglos XIX, XX y XXI". *Temas de Antropología y Migración*, N° 8, Edición Especial 2016-2017 (pp.41-68) ISSN: 1853-354X.

Pacecca, María Inés. 2019. *Venezolanos/as en Argentina: un panorama dinámico: 2014-2018*. CAREF - OIM - ACNUR.

Pacecca, María Inés y Courtis, Corina. 2008. *Inmigración contemporánea en Argentina: dinámicas y políticas*. Centro Latinoamericano y Caribeño de Demografía (CELADE) - División de Población de la CEPAL. Impreso en Naciones Unidas, Santiago de Chile.

Penchaszadeh, Ana Paula y Asurey, Verónica. 2020. "Ciudadanía migrante en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Inmigración y derechos políticos en clave local". *Revista Andina de Estudios Políticos*, Lima.

Penchaszadeh, Ana Paula y Condori Mamani, Sandra. 2017. "Ciudadanía migrante en Argentina. ¿Hecho o proyecto?". *Temas de Antro-*

pología y Migración, N° 8, Edición Especial 2016 - 2017, 26-40, ISSN: 1853-354X.

Penchaszadeh, Ana Paula y Rivadeneyra, Lourdes. 2018. "Debates actuales en torno al voto migrante en la Ciudad de Buenos Aires". *Revista Estado y Políticas Públicas*, N° 11 (pp.165-190). Octubre de 2018 - abril de 2019. ISSN 2310-550X.

Penchaszadeh, Ana Paula y Sander, Joanna. 2021. "Ciudadanías migrantes en Argentina: ejercicios democráticos (pos)nacionales". En: *Lugo y Oración (2021) Ciudadanías alternativas. Hacia otro rol ciudadano* (pp. 97-123). Editorial Fundación La Hendija.

Penchaszadeh, Ana Paula. 2012. "Migraciones y derechos políticos: ¿democratización y extensión de la ciudadanía o nuevas formas de extranjerización en democracia?". En: Novick (Dir.) *Migración y políticas públicas. Nuevos escenarios y desafíos* (pp.39-61). Buenos Aires: Catálogos.

Pericola, María Alejandra. 2015. "El derecho de sufragio de los extranjeros". *Revista Pensar en Derecho*, N° 7 (pp.167-198). ISSN 2314-0194.

Ramírez Gallegos, Jacques Paul. 2018. "Estado, Migración y Derechos Políticos. El voto de los ecuatorianos desde el extranjero". *Foro Internacional (FI)* 234, LVIII, 2018 (4), 755-804 ISSN 0185-013X.

Sayad, Abdemalek. 1999. *La double absence. Des illusions de l'émigré aux souffrances de l'immigré*. Paris: Seuil.

Stolcke, Verena. 2000. "La 'naturaleza' de la nacionalidad". *Desarrollo Económico*, vol. 40, N° 157, abril-junio, pp. 23-43, Buenos Aires.

Villavicencio, Susana. 2003. "Ciudadanos para una nación". En: Villavicencio (comp) *Los contornos de la ciudadanía. Nacionales y extranjeros en la Argentina del Centenario*. Buenos Aires: Eudeba.

Fuentes

Argentina-CDN (Cámara de Diputados de la Nación) (19 y 20/1/1984) 8va. Sesión Extraordinaria de la Cámara de Diputados del Congreso de la Nación Argentina del 19 y 20 de enero de 1984.

Pre proyecto de Ley Nacional de Voto Migrante (2016). Autoras: Rivadeneyra, Condori y Penchaszadeh.

Real Academia Española. (s.f.). meteco. Recuperado de <https://dle.rae.es/meteco>

Registro de residentes argentinos en el exterior (s.f). Recuperado de: https://www.padron.gob.ar/cne_care/masinfo.php

Otro ladrillo en la pared: apuntes sobre el impacto de “Costa Ludueña c/ UBA” en el acceso a derechos de las personas migrantes

Analía Isabel Cascone

Abogada (UBA). Master en Derecho (Universidad de Columbia). Coordinadora de la Comisión para la Asistencia Integral y Protección al Refugiado y Peticionante de Refugio de la Defensoría General de la Nación. Docente de Derecho Internacional Público (UBA).

“Si la igualdad y la comunidad en los derechos son un factor de educación civil, en cuanto estimulan la percepción del diverso como igual, a la inversa, la desigualdad jurídica es un factor de deseducación, que genera la imagen del otro como naturalmente inferior por ser inferior jurídicamente.

Es un círculo vicioso. Precisamente porque, privado de derechos, el inmigrado resulta percibido como antropológicamente desigual. Y, a su vez, esta percepción racista sirve para legitimar su discriminación en los derechos. Cuanto mayor es la marginación social producida por la discriminación jurídica, tanto mayores son la demanda de leyes racistas y el consenso que suscitan, y este, no a pesar de ser racistas, sino precisamente porque lo son”.

Luigi Ferrajoli¹

I. Introducción

El 28 de octubre de 2021, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) resolvió, por mayoría y en escasos nueve considerandos, privar del derecho a la educación universitaria a las personas migrantes que carecen de documento nacional de identidad (DNI) argenti-

¹ Ferrajoli, 2019, 191.

no². La CSJN optó por sostener la constitucionalidad de la exigencia del DNI por parte de la Universidad de Buenos Aires (UBA) invocando la Ley 17.671 de 1968 (Ley de Identificación, Registro y Clasificación del Potencial Humano Nacional), sin considerar que existen diversas normas posteriores de igual o superior jerarquía que exigen reinterpretarla, por no decir que directamente derogan dicha disposición. Para arribar a esta conclusión, la CSJN omitió cualquier tipo de análisis o consideración de las normas relevantes, como así también de su propia jurisprudencia relativa a la inconstitucionalidad de diversas disposiciones que, a lo largo del tiempo, han hecho distinciones basadas en la nacionalidad.

El voto de la mayoría en “Costa Ludueña” adolece de lo que Ceriani Cernadas y Odriozola (2022, 14) vienen denominando “pereza argumentativa”, presente no solo en este sino en varios casos recientes que involucran derechos de personas migrantes. Se trata de una sentencia que restringe derechos para un colectivo que, incluso de acuerdo a jurisprudencia de la CSJN en materia de igualdad, calificaría como “categoría sospechosa”. No solo eso, sino que revoca una sentencia de Cámara que había fallado a favor del actor. En este contexto, esperaríamos que una sentencia del máximo tribunal que resuelve convalidar la exclusión en el ejercicio de un derecho humano para una persona representativa de toda una categoría de personas que enfrentan impedimentos estructurales en el goce de sus derechos desplegaría una buena cantidad de argumentos para fundamentar semejante decisión y para explicar las razones por las que considera que el fallo de la instancia anterior era incorrecto. Nada de esto ocurre en el caso.

A continuación, realizaré una breve reseña de los hechos del caso y lo resuelto por la CSJN. Luego, me referiré a los graves proble-

mas de fundamentación de la sentencia, que la tiñen de una arbitrariedad inusitada. Finalmente, argumentaré que las omisiones o silencios de la CSJN dicen mucho respecto de la valoración que el máximo tribunal realiza sobre los derechos de las personas migrantes.

II. Breve reseña del caso “Costa Ludueña c/ UBA”

El Sr. Costa Ludueña, privado de la libertad en el Complejo Penitenciario Federal de Marcos Paz, decidió estudiar Sociología en la UBA, a cuyo fin se inscribió y cursó exitosamente el Ciclo Básico Común de la carrera. Con posterioridad a ello, le fue negada la inscripción en el primer año de la carrera por carecer del DNI exigido por las Resoluciones 7349/13³ y 3836/11⁴ del Consejo Superior de la UBA. En virtud de dichas resoluciones, se admite la inscripción con DNI argentino o documento extranjero que acredite identidad, y en este último caso se exige presentar el DNI argentino transcurridos dos cuatrimestres con el fin de obtener el “alta definitiva” como estudiante.

La Cámara Nacional de Apelaciones en

3 Esta Resolución aprueba el Reglamento del Programa de Estudios de la Universidad de Buenos Aires en establecimientos del Servicio Penitenciario Federal (Programa UBA XXII). En el art. 19 de su Anexo dispone: “Los aspirantes extranjeros deberán cumplimentar los requisitos establecidos en la Resolución (CS) N° 3836/11”.

4 Esta Resolución aprueba el Régimen de Admisión de Estudiantes Extranjeros e Internacionales para el nivel de grado en la UBA. El art. 6 de su Anexo I dispone que, para ingresar a una carrera de grado en la UBA, el aspirante extranjero deberá presentar en el Ciclo Básico Común “documento nacional de identidad argentino o documento del país de origen que acredite identidad”. “Para obtener el alta definitiva como estudiantes, aquellos que no hubieren presentado el documento nacional de identidad argentino al momento de su ingreso deberán presentarlo en la Unidad Académica en la que formalice su inscripción, antes de transcurridos dos (2) cuatrimestres a partir del ciclo lectivo en el que ingresa, de acuerdo con lo establecido en el artículo 7 de la Ley 25.871”.

2 Fallos: 344:3132.

lo Contencioso Administrativo Federal, Sala I, hizo lugar a la acción de amparo de Costa Ludueña contra la UBA para que se ordenara su inscripción en el primer año de la carrera de Sociología, pese a no tener DNI. Para la Cámara, la conducta de la UBA era manifiestamente arbitraria por privar al actor de su derecho a la educación. La Cámara consideró que la exigencia de DNI argentino constituía una “exigencia formal excesiva e injustificada”, en tanto el art. 7 de la Ley de Migraciones 25.871 prescribe que la irregularidad migratoria en ningún caso puede impedir la admisión de una persona extranjera como alumna en un establecimiento educativo, sea público, privado, nacional, provincial, municipal, primario, secundario, terciario o universitario. En cuanto a la acreditación de la “verdadera identidad” del actor, la consideró satisfecha con la presentación del pasaporte, que por cierto había bastado para someterlo a un proceso penal. La Cámara rechazó la interpretación restrictiva que la sentencia de primera instancia realizó de las resoluciones del Consejo Superior de la UBA, interpretación que configuraba una restricción irrazonable del derecho a la educación. Desde esta perspectiva, consideró innecesario declarar la inconstitucionalidad de la norma que exigía la presentación del DNI argentino⁵.

En su recurso extraordinario, la UBA argumentó que la exigencia de DNI contenida en las resoluciones del Consejo Superior no vulneraba los derechos a la educación, a la igualdad y no discriminación, y que se ajustaba a lo normado en el art. 13 de la Ley 17.671⁶, que dispone:

La presentación del documento nacional de identidad expedido por el Registro Nacional de las Personas será obligatoria en todas las circunstancias en que sea necesario probar

la identidad de las personas comprendidas en esta ley, sin que pueda ser suplido por ningún otro documento de identidad cualquiera fuere su naturaleza y origen.

La CSJN, por mayoría integrada por los jueces Rosatti, Maqueda y Lorenzetti, declaró procedente el recurso extraordinario y revocó la sentencia de la Cámara, rechazando la demanda de amparo del Sr. Costa Ludueña. Por su parte, los jueces Rosenkrantz y Highton de Nolasco votaron en disidencia por la inadmisibilidad del recurso en los términos del art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

Coincidiendo con los argumentos de la demandada, la CSJN consideró que lo exigido por el art. 6 del Anexo I de la Resolución 3836/11 del Consejo Directivo de la UBA concuerda con lo establecido en el art. 13 de la Ley 17.671⁷. Tras afirmar que el requisito de DNI previsto en la resolución concuerda con lo previsto en una ley de 1968, la CSJN procede a despejar escuetamente las objeciones constitucionales planteadas. Para ello, afirma que:

[L]a garantía de igualdad solo requiere que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se concede a otros en idénticas circunstancias, mas no impide que la legislación contemple de forma diferente situaciones que considere distintas, cuando la discriminación no es arbitraria, ni responde a un propósito de hostilidad contra determinados individuos o clase de personas, ni encierra un indebido favor o privilegio, personal o de grupo⁸.

En esta línea, considera que el requisito de DNI, exigido por igual a personas nacionales o extranjeras —se encuentren o no privadas de la libertad— “no constituye un indebido

5 Ver Fallos: 344:3132, cons. 1 y 2.

6 Ver *ibid.* Cons. 3.

7 *Ibid.* Cons. 5.

8 *Ibid.* Cons. 6.

privilegio otorgado a una persona o a un grupo sino, simplemente, la fijación de un requisito uniforme para demostrar la identidad de las personas, conforme el régimen vigente⁹. Insiste en que la igualdad y la no discriminación no se ven afectadas porque el requisito debe ser satisfecho no solo por el actor sino por todas las personas aspirantes, cualquiera sea su nacionalidad y estén o no privadas de la libertad¹⁰. Desde esta perspectiva, la imposibilidad del actor de satisfacer el requisito “no torna arbitraria o irrazonable una reglamentación que se muestra homogénea en sus exigencias para todas las personas”¹¹. El actor, para la CSJN, se encuentra inmerso en una “particular situación penal”, en la que enfrenta un “único obstáculo” para obtener el DNI, que viene dado por el hecho de encontrarse cumpliendo una pena privativa de la libertad que constituye un impedimento migratorio¹².

Para la CSJN:

[E]l derecho de aprender que la Constitución y los pactos internacionales amparan no sufre privación alguna por el hecho de que una razonable reglamentación condicione su disfrute a la observancia de pautas de estudio y de conducta a las que el titular de aquel debe someterse. (...) el requisito impuesto por las autoridades universitarias en función del marco normativo vinculado a la acreditación de la identidad —y que implica un cierto grado de arraigo— no parece desproporcionado ni un recaudo injustificado si se tiene en cuenta que lo que se halla en disputa es el acceso a ofertas educativas que permitan a los aspiran-

tes formarse, capacitarse y obtener el título universitario que los habilite para ejercer una profesión¹³.

III. La exigencia de DNI argentino a la luz de lo dispuesto en normas posteriores y de jerarquía superior a la Ley 17.671

Una primera lectura crítica sobre la sentencia de la CSJN nos lleva a cuestionar que la constitucionalidad de la exigencia de DNI argentino para la inscripción a una carrera universitaria, tal como lo exige la UBA, se haya basado exclusivamente en la Ley 17.671.

La Constitución Nacional consagra en su art. 16 la igualdad ante la ley para todas las personas que habitan suelo argentino y dispone en el art. 20 que las personas extranjeras gozan de los mismos derechos civiles que las argentinas. En este contexto, en el art. 14 consagra el derecho de enseñar y aprender para todas las personas que habitan el país. Más aun, los instrumentos internacionales que por imperio del art. 75, inc. 22, tienen jerarquía constitucional, reconocen y dan un contenido robusto al derecho a la educación¹⁴. Sin perjuicio de ello, a fin de desmontar el argumento de la CSJN, no es necesario escalar demasiado en la pirámide normativa, ni bucear profundo en estándares internacionales. Basta con aplicar los principios generales del derecho relativos a la vigencia, jerarquía e interpretación de normas. Junto con los principios que establecen la relación entre ley

¹³ *Ibid.* Cons. 6.

¹⁴ Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. XII; Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 26; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 13; Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 13.

⁹ *Ibid.*

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ *Ibid.* Cons. 7.

¹² *Ibid.*

posterior y anterior, y ley especial y general, debemos mencionar el principio pro persona, que debe guiar la interpretación de las normas de derechos humanos. Se trata de

un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria (Pinto, 163).

Cierto es que la Ley 17.671, dictada en 1968 durante el gobierno de facto de Onganía¹⁵, establece en su artículo 13 que el DNI argentino era el único documento hábil para probar la identidad de una persona. Ahora bien, la CSJN limita su argumento a la razonabilidad de esta exigencia a los fines de inscribirse a una carrera universitaria, omitiendo considerar otras normas relevantes y su contexto. En efecto, en 1968 estaba todavía vigente la Ley 817 de Inmigración y Colonización, que fue derogada en el año 1981 por la Ley General de Migraciones y Fomento de la Inmigración, conocida como “Ley Videla”. Esta última estuvo vigente hasta su derogación en el año 2004 por la Ley de Migraciones 25.871, vigente desde entonces.

Este breve repaso normativo es relevante por cuanto no es posible evaluar los requisitos de acreditación de identidad y documentación de personas extranjeras sin ponderar lo que otras normas aplicables a su estatus puedan disponer en cuanto a requisitos exigibles y derechos garantizados¹⁶. Así, la Ley 25.871

prescribe que “[e]l 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 (...) educación (...)”¹⁷. Más aún:

En ningún caso la irregularidad migratoria de un extranjero impedirá su admisión como alumno en un establecimiento educativo, ya sea este público o privado; nacional, provincial o municipal; primario, secundario, terciario o universitario. Las autoridades de los establecimientos educativos deberán brindar orientación y asesoramiento respecto de los trámites correspondientes a los efectos de subsanar la irregularidad migratoria¹⁸.

Bajo el régimen instituido por la Ley de Migraciones vigente desde 2004, la Dirección Nacional de Migraciones (DNM) es la autoridad competente¹⁹ para conceder o denegar residencias (transitorias, temporarias o permanentes) a las personas migrantes. Una vez aprobada una residencia temporaria o permanente, la persona obtiene un DNI²⁰. El Registro Nacional de las Personas (RENAPER) no puede expedir un DNI de manera autónoma, en ausencia de una residencia concedida por la DNM²¹. Desde esta lógica, el acto que determina el estatus jurídico de una persona migrante no es tanto la expedición del DNI por parte del RENAPER, sino la aprobación de la residen-

que el régimen migratorio vigente en ese momento era muy diferente del actual.

17 Ley 25.871, art. 6.

18 *Ibid.* art. 7.

19 *Ibid.* art. 105.

20 *Ibid.* art. 30.

21 Decreto 616/2010, art. 30.

15 Sobre la relevancia simbólica de este dato, ver Ceriani Cernadas y Odriozola (2022, 14).

16 Los arts. 51 a 56 de la Ley 17.671 reflejan claramente

cia por la DNM. Por su parte, una persona en situación migratoria irregular es una persona que carece de residencia vigente, del tipo que sea. En consecuencia, carecerá de DNI vigente.

En este contexto, la Ley 25.871 establece derechos, obligaciones y consecuencias vinculados a la irregularidad migratoria, tanto en cabeza de las personas migrantes como del Estado. Así, establece la obligación del Estado de adoptar medidas tendientes a la regularización de la situación migratoria de las personas extranjeras (art. 17), quienes tienen el derecho “esencial e inalienable” a la migración, “sobre la base de los principios de igualdad y universalidad” (art. 4). La garantía del acceso a la educación de las personas migrantes, cualquiera sea su condición migratoria y, en consecuencia, tengan o no DNI, es evidente, y se resalta más aún si la contrastamos con la manera en que otras disposiciones de la misma ley han sido redactadas, por ejemplo aquella relativa al trabajo²². La Ley 25.871 supuso un cambio de paradigma, por lo que no es un dato menor que al dictarse la Ley 17.671 las normas migratorias fueran otras.

Para la CSJN, el art. 7 de la Ley 25.871 no obsta a su conclusión respecto de la validez de la exigencia de DNI, porque dicha norma “a la par establece el deber para las autoridades de [los establecimientos educativos] de brindar orientación y asesoramiento respecto de los trámites para subsanar la irregularidad migratoria aludida”²³. La CSJN realiza una lectura parcial y sesgada de la norma, en perjuicio de la persona migrante y en abierta contradicción con los objetivos de la Ley 25.871 en general y la cláusula del art. 7 en particular. En efecto, si la ley adopta un en-

foque basado en el derecho humano a la migración, la igualdad, la no discriminación y el fomento de la regularidad, reconociendo al mismo tiempo que la irregularidad no puede obstar al goce del derecho a la educación, la segunda parte del art. 7 solo puede leerse como una consecuencia de la obligación de los actores relevantes de contribuir al fomento de la regularidad como lo exige el art. 17. Nada en la ley permite inferir que esta cláusula sea una remisión a la exigencia absoluta de DNI argentino contenida en una ley que, en este punto, queda, como mínimo, desactualizada. La CSJN omite, sin embargo, cualquier referencia a estas otras disposiciones de la Ley 25.871 —que son a todas luces relevantes—, aunque más no fuera para interpretarlas de manera restrictiva.

Tampoco es posible evaluar la constitucionalidad de las resoluciones del Consejo Superior de la UBA sólo a la luz de la citada norma de 1968, ignorando normas posteriores que regulan el acceso a la educación. La Ley Nacional de Educación N° 26.206 prescribe en su artículo 143 lo que podría resumir todo este caso en unas pocas líneas:

El Estado nacional, las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires deberán garantizar a las personas migrantes sin Documento Nacional de Identidad (DNI), el acceso y las condiciones para la permanencia y el egreso de todos los niveles del sistema educativo, mediante la presentación de documentos emanados de su país de origen, conforme a lo establecido por el artículo 7° de la Ley N° 25.871.

El art. 35 de dicha ley dispone que la educación superior se rige por la Ley de Educación Superior N° 24.521, la Ley de Educación Técnico Profesional N° 26.058 y por las disposiciones de la propia ley 26.206 en lo que respecta a los Institutos de Educación Superior. Esto po-

²² Ley 25.871, art. 53: “Los extranjeros que residan irregularmente en el país no podrán trabajar o realizar tareas remuneradas o lucrativas, ya sea por cuenta propia o ajena, con o sin relación de dependencia”.

²³ Fallos: 344:3132, cons. 8.

dría llevarnos a pensar que el art. 143 se aplica a los Institutos de Educación Superior, mas no a las universidades (distinción que encontramos en el art. 34 de la Ley 26.206). Ahora bien, el art. 1 de la Ley de Educación Superior N° 24.521 fue sustituido por la Ley 27.204 (Ley de Implementación Efectiva de la Responsabilidad del Estado en el Nivel de Educación Superior) por el siguiente texto:

Están comprendidas dentro de la presente ley las universidades e institutos universitarios, estatales o privados autorizados y los institutos de educación superior de jurisdicción nacional, provincial o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, de gestión estatal o privada, todos los cuales forman parte del Sistema Educativo Nacional, regulado por la ley 26.206 —Ley de Educación Nacional—.

El Estado nacional, las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, tienen la responsabilidad principal e indelegable sobre la educación superior, en tanto la educación y el conocimiento son un bien público y un derecho humano personal y social en el marco de lo establecido por la ley 26.206.

Como puede apreciarse, si al momento de dictarse la Ley 26.206 podía quedar alguna duda respecto de la aplicación del art. 143 a las universidades, la redacción del art. 1° de la Ley 24.521 conforme la Ley 27.204 del año 2015 la resuelve: la norma remite a la Ley de Educación Nacional. Ninguna de estas normas es citada por la CSJN, ni siquiera, insistimos, para interpretarlas de manera restrictiva.

Pero incluso si, entre las idas y vueltas entre estas leyes y sus modificaciones, se pudiese argumentar que el art. 143 no aplica a las universidades, eso no le resta importancia a los fines de interpretar las resoluciones en

juego en el caso bajo análisis. La CSJN opta por valerse de una norma vigente en un contexto completamente diferente, ignorando todas las modificaciones posteriores que son directamente relevantes para el caso. El art. 143, vinculado expresamente al art. 7 de la Ley 25.871, es mucho más relevante para su interpretación que la Ley 17.671, porque es un claro indicio de la voluntad legislativa de adaptar el régimen educativo a las exigencias de la Ley 25.871.

Más aun, la Ley de Educación Superior prescribe que “[l]os estudiantes de las instituciones estatales de educación superior tienen derecho (...) [a]l acceso al sistema sin discriminaciones de ninguna naturaleza” (art. 13, inc. a).

La interpretación de las precitadas normas se refuerza teniendo en cuenta los derechos y principios reconocidos por la Ley Federal de Educación N° 24.195. Al regular el “derecho constitucional de enseñar y aprender”²⁴, esta ley establece entre los principios que debe respetar la política educativa “[l]a concreción de una efectiva igualdad de oportunidades y posibilidades para todos los habitantes y el rechazo a todo tipo de discriminación” (art. 5, inc. f) y “[l]a cobertura asistencial y la elaboración de programas especiales para posibilitar el acceso, permanencia y egreso de todos los habitantes al sistema educativo propuesto por la presente ley” (art. 5, inc. h). Respecto de las personas adultas privadas de la libertad, establece que deben poder “acceder a servicios educativos en los distintos niveles del sistema a las personas que se encuentren privadas de libertad en establecimientos carcelarios, servicios que serán supervisados por las autoridades educativas correspondientes” (art. 30, inc. c).

²⁴ Ley 24.195, art. 1.

IV. El concepto de igualdad en “Costa Ludueña”: argumentos dogmáticos y omisión de precedentes relevantes

El argumento central de la CSJN en “Costa Ludueña” es que el DNI es exigido a todas las personas, sean nacionales o extranjeras, se encuentren o no privadas de la libertad. Por lo tanto, es un requisito “uniforme”, que no discrimina, sin perjuicio de que una persona en particular no pueda, en un caso concreto, cumplirlo. Para arribar a esta conclusión, la CSJN afirma que:

(...) la garantía de igualdad solo requiere que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se concede a otros en idénticas circunstancias, mas no impide que la legislación contemple de forma diferente situaciones que considere distintas, cuando la discriminación no es arbitraria, ni responde a un propósito de hostilidad contra determinados individuos o clase de personas, ni encierra un indebido favor o privilegio, personal o de grupo²⁵.

Siguiendo esta lógica, para la CSJN:

(...) la decisión de exigir la presentación del DNI a todos los aspirantes a las carreras de grado dictadas en la [UBA] (...) no constituye un indebido privilegio otorgado a una persona o a un grupo sino, simplemente, la fijación de un requisito uniforme para demostrar la identidad de las personas, conforme el régimen vigente²⁶.

Es decir, el requisito de DNI previsto en la norma como único documento válido para acreditar la identidad no constituye un privilegio indebido para un grupo porque es un

requisito previsto en las normas vigentes para acreditar identidad. El carácter dogmático y circular de este argumento salta a la vista. El problema es que lo que para la CSJN es un requisito “uniforme” para acreditar identidad, en realidad es reflejo de la posibilidad de acceder de manera efectiva a una residencia temporaria o permanente bajo el régimen migratorio, en el marco de un sistema que garantiza el derecho a la educación para quienes no tengan residencia. Al delimitar la cuestión como lo hace, la CSJN esquivo la cuestión de fondo, es decir, que la resolución de la UBA, junto con contradecir todas las normas que citamos en la sección anterior, discrimina a las personas migrantes que se encuentran en situación irregular.

La CSJN afirma que nos encontramos “simplemente” ante la fijación de un requisito para acreditar identidad. Sostiene que es razonable admitir solo un documento expedido por el RENAPER y desechar la validez a estos fines del pasaporte que sirvió para condenar a una pena privativa de la libertad a la persona. Si el Sr. Costa Ludueña no puede acceder a un DNI por su “particular situación penal”²⁷, es un problema suyo. Pareciera que el pasaporte acredita identidad para restringir derechos, pero no para ejercerlos.

Uno de los grandes problemas en el razonamiento de la CSJN en este fallo reside precisamente en todo lo que omite decir en este punto. Descarta rápidamente que estemos ante un problema de igualdad por tratarse de un requisito que aparece como uniforme, y reduce la situación de Costa Ludueña al terreno de lo particular.

Al referirse al contenido de la igualdad en el considerando sexto del fallo, la CSJN cita cinco precedentes. Como son los únicos fallos citados en la parte sustantiva de la decisión²⁸,

25 Fallos: 344:3132, cons. 6.

26 *Ibid.*

27 *Ibid.* Cons. 7.

28 La CSJN recurre a citas de otros fallos y de la Ley

considero importante mencionarlos expresamente y revelar de qué tratan:

- i. Fallos 340:1581 (2017). *Galíndez, Nicolás Emanuel c/ Ministerio Público Fiscal de la Nación s/ amparo ley 16.986*. El actor cuestiona el mecanismo de ingreso al escalafón técnico administrativo del Ministerio Público Fiscal, realizado a través de un sorteo entre quienes aprobaran un examen.
- ii. Fallos 321:3481 (1998). *Trámite personal - Avocación - Pérez Osorio, Guillermina*. Se vincula a un conflicto relativo a una designación interina en el poder judicial, en el contexto de la independización de los escalafones del Poder Judicial de la Nación y el Ministerio Público. Se discute si corresponde a la CSJN avocarse para resolver el conflicto, cosa que resuelve por la negativa.
- iii. Fallos 312:826 (1989). *Martínez, José Agustín s/ robo calificado s/ causa N° 32.154*. Trata sobre la inconstitucionalidad de la pena mínima impuesta al robo de vehículos utilizando armas, que era superior a la pena mínima impuesta por el robo de otros bienes muebles e incluso del homicidio.
- iv. Fallos 258:36 (1964). *Mozzi de Clutton, Rosalía Elena*. Es constitucional la ley que excluye determinados delitos de la condena condicional o la excarcelación.
- v. Fallos 182:355 (1938). *Valdez Cora, Ramón*. Se discute si el art. 4 de la ley 7055, que establecía que desde su sanción “la

Cámara de Apelaciones que funciona en la Capital Federal en virtud de la ley N° 4055 se compondrá de cinco miembros, y sus resoluciones causarán ejecutoria en materia criminal”, violaba el principio de igualdad, sobre lo que la CSJN concluyó que no.

Como puede apreciarse, ninguno de estos casos se relaciona remotamente con lo discutido en “Costa Ludueña”. Los hechos no guardan relación, en ningún caso hay un conflicto vinculado a acreditación de identidad, ningún caso pareciera involucrar a personas migrantes —al menos la condición de migrante o la nacionalidad no está en juego en lo que se discute—, y tampoco se vinculan al derecho a la educación. Esto es llamativo porque la CSJN cuenta con precedentes más relevantes (y más recientes) que echan luz sobre lo discutido en “Costa Ludueña”. También considero importante enumerar alguno de estos precedentes, para marcar el contraste con aquello a lo que la CSJN optó por recurrir para “fundar” su decisión:

- i. Fallos: 312:1902 (1988). *Repetto*. Declara la inconstitucionalidad de normas de la provincia de Buenos Aires que exigían la nacionalidad argentina para desempeñarse como docente en instituciones privadas.
- ii. Fallos: 321:194 (1998). *Calvo y Pesini*. Declara la inconstitucionalidad de las normas de la provincia de Córdoba que exigían la nacionalidad argentina para ejercer la psicología en un hospital público.
- iii. Fallos: 327:5118 (2004). *Hoof*. Inconstitucionalidad de la negativa a admitir a un argentino naturalizado a un cargo judicial, cuando la Constitución de la provincia de Buenos Aires limitaba el acceso a argentinos nativos o por opción.
- iv. Fallos: 329:2986 (2006). *Gottschau*. El reglamento de concursos del Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires le

48 al fundamentar la admisibilidad del recurso extraordinario y el alcance de su tarea (considerando 4). Pero al analizar el fondo del caso, además de los cinco fallos mencionados, y sin contar las dos resoluciones del Consejo Superior de la UBA cuya constitucionalidad está en discusión, la CSJN cita únicamente el art. 13 de la Ley 17.671 y los arts. 7 y 29.c de la Ley 25.871. En el cons. 9° hace una referencia genérica a la “Constitución y los pactos internacionales”, pero sin especificar nada más.

impedía acceder al cargo de secretaria por no ser argentina. Se declara la inconstitucionalidad.

- v. Fallos: 330:3853 (2007). *R.A.D.* Inconstitucionalidad del requisito de residencia por 20 años para acceder a la pensión por invalidez.
- vi. Fallos: 331:1715 (2008). *Mantecón Valdés*. Inconstitucionalidad de la resolución que requería la nacionalidad argentina para inscribirse a concurso para ingresar como empleado a la biblioteca de la CSJN.

Estos fallos son relevantes porque delinear el alcance del principio de igualdad y no discriminación específicamente en casos que involucran a personas migrantes. Como vimos, la CSJN reduce “Costa Ludueña” al requisito de DNI, omitiendo considerar que es imposible para una persona extranjera tener DNI sin contar con una residencia temporaria o permanente. Por lo tanto, “Costa Ludueña” en definitiva trata sobre la constitucionalidad de la exigencia de residencia temporaria o permanente para acceder a la educación, en este caso universitaria y en contexto de encierro (aunque nada en el razonamiento de la CSJN pareciera impedir hacerlo extensivo a otros contextos, como otros niveles de educación o supuestos de personas migrantes en condición irregular pero sin antecedentes penales). No es una decisión sobre la regulación de mecanismos de acreditación de identidad, sino de restricción del acceso a la educación para un grupo de personas bien definido.

El concepto de igualdad como obligación estatal de tratar igual a las personas que se encuentran en igualdad de circunstancias, tal como se expone en el considerando sexto de “Costa Ludueña”, es sostenido por la CSJN desde el siglo XIX. Pero, como señala Roberto Saba (2021, 38), este criterio de interpretación no es del todo satisfactorio, porque lo

único que parece dejar en claro es que “el Estado puede tratar de modo diferente a las personas siempre y cuando lo haga en forma homogénea, uniforme y no arbitraria; pero este principio-guía no se expresa sobre qué es lo que califica a esa distinción homogéneamente aplicada como una distinción permitida por el art. 16”. Saba ejemplifica el problema detrás de este criterio interpretativo con el requisito que exige tener el secundario completo para ingresar a la universidad:

“Igualdad ante la ley” significa “igualdad de trato en igualdad de circunstancias”. Aquí, la circunstancia escogida por el Congreso como relevante para hacer una distinción fue la de “haber terminado los estudios secundarios”. Todas las personas que cumplan con dicha condición podrán ejercer su derecho a la educación universitaria, mientras que aquellas que no lo hagan no podrán acceder a ese nivel superior de formación. Así, la distinción no viola la igualdad ante la ley. Atentaría contra ella, desde luego, si negara el acceso a la universidad a alguien encuadrado dentro de la clasificación, es decir, a una persona que hubiera completado satisfactoriamente sus estudios secundarios (Saba 2021, 39).

Para Saba (2021, 39), este razonamiento parece impecable, pero no lo es:

La cuestión central del caso no se refiere a la aplicación homogénea o general de la norma regulatoria del derecho, sino a la validez constitucional del criterio escogido para hacer la distinción. El razonamiento parece correcto porque ese criterio es demasiado relevante para el fin que busca la regulación.

Saba luego propone imaginar que el requisito, además de haber terminado el secundario, sea ser varón. Aquí volvemos a ver que el

problema no está en la aplicación homogénea de la norma, sino en la validez del criterio que determina la distinción. Así,

[para] perfeccionar la formulación del principio de “igualdad de trato en igualdad de circunstancias”, debemos agregar un segundo estándar que prescriba que esas circunstancias deben ser razonables, en el sentido de que guarden una relación de funcionalidad o instrumentalidad entre el fin buscado por la norma y el criterio o categoría escogido para justificar el trato diferente (Saba 2021, 40).

Para determinar si hay buenas razones para justificar un trato desigual, debemos hacer un examen de proporcionalidad (¿la medida estatal tiene relación con la finalidad de la norma?), de idoneidad (¿la medida estatal logra promover la finalidad estatal?) y de necesidad (¿existen medios alternativos que satisfagan el fin de la norma evitando el trato desigual?)²⁹.

En esta línea, existen algunas categorías que se presumen irrazonables, que dan lugar a una “presunción de inconstitucionalidad de la regulación sólo superable si el estado logra demostrar un interés estatal urgente o insoslayable” (Saba 2021, 43). Estos estándares surgen de la jurisprudencia de la propia CSJN, en buena medida en aquellos casos que consideramos directamente relevantes y que omitió referenciar en “Costa Ludueña”. Se ha afirmado que “[l]a jurisprudencia de la [CSJN] en materia de discriminación por nacionalidad puede ser reconstruida bajo la aplicación de un examen de igualdad de escrutinio estricto o semi-estricto según el caso” (Clericó, Aldao y Ronconi 2016, 226). Así, la CSJN ha sostenido que las distinciones entre nacionales y extranjeros se presumen inconstitucionales³⁰.

²⁹ Cfr. Clérico, Aldao y Ronconi, 2016, 224.

³⁰ Fallos: 312:1902, voto Petracchi y Bacqué, cons. 7;

Ahora bien, se ha sostenido también que “en ninguno de estos casos se deja vislumbrar un planteo de fondo de la situación de los extranjeros o migrantes en Argentina que suelen padecer situaciones de desigualdad estructural, con excepción del caso [“R.A.D.”]” (Clericó, Aldao y Ronconi 2016, 230). Desde esta óptica, el caso “Costa Ludueña” ofrecía la oportunidad de retomar este análisis.

Cuando estamos frente a normas o prácticas que parecen neutrales pero que impactan fuertemente y perjudican a “individuos o colectivos en razón de uno o algunos de los motivos que deben ser evaluados en forma estricta” (Clericó, Aldao y Ronconi 2016, 242³¹), estamos ante un supuesto de discriminación indirecta. Cuando la discriminación “responde a una práctica sistemática (...) cuyos efectos no pueden ser revertidos en forma individual por las personas afectadas por los efectos de esa discriminación”, estamos ante un supuesto de desigualdad estructural (Clericó, Aldao y Ronconi 2016, 242-243).

A la luz de estas consideraciones, volvamos al razonamiento de la CSJN en “Costa Ludueña”. Tenemos una norma supuestamente neutral, la exigencia de DNI, cuya finalidad es la acreditación de identidad a los fines de cursar una carrera universitaria en la UBA. La pregunta que la CSJN tendría que haber abordado es por la validez del criterio de distinción. Y para analizar esto de manera seria, no podía omitir la referencia a la irregularidad migratoria de Costa Ludueña y sus razones —que apenas menciona al pasar con una referencia al impedimento del art. 29.c de la Ley 25.871—, como tampoco podía omitir todo el bagaje normativo reseñado en la sección anterior que da cuenta de que esa irregularidad

Fallos: 330:3853, voto Petracchi y Argibay, cons. 12.

³¹ El ejemplo que brindan es justamente el de la exigencia de DNI para la inscripción escolar de niñas y niños, que fue subsanado por el art. 143 de la Ley 26.206.

migratoria no puede obstar al acceso al derecho a la educación.

Lo que la CSJN identifica como la “particular situación penal”³² en que se encuentra el actor no es otra cosa que la situación en que se encuentra cualquier persona extranjera privada de la libertad. Para la CSJN,

(...) el único obstáculo para que el actor pueda obtener el documento nacional de identidad argentino que se le exige está dado por la condena a una pena privativa de la libertad que se encuentra cumpliendo en la Argentina, la que, conforme con lo dispuesto en el art. 29, inc. c, de la ley 25.871, es causa impeditiva de su permanencia en el país³³.

Ahora bien, en Argentina, las personas privadas de la libertad tienen derecho a estudiar, lo que además del ser el ejercicio de un derecho humano, les reporta beneficios en el marco de la ejecución de la pena³⁴. Esto no está en discusión; de hecho, la Resolución del Consejo Superior de la UBA del 2013 que está en juego en el caso precisamente reglamenta el programa de estudio en centros penitenciarios.

Siendo así, cuando la CSJN dice al pasar que la pena de Costa Ludueña es “el único obstáculo”, está omitiendo considerar si eso es válido. La CSJN está dando por supuesto que un migrante condenado a una pena privativa de la libertad no puede acceder a la educación, ni gozar de los beneficios del régimen de ejecución en condiciones de igualdad con las personas argentinas. Pero no lo dice en estos términos, porque todo esto parece ser simplemente un dato de color que explica por qué Costa Ludueña no tiene DNI. La CSJN le

asigna más peso a contar con DNI para acreditar identidad —un formalismo que sencillamente se puede suplir con el pasaporte expedido por otro estado soberano— que al ejercicio efectivo del derecho a la educación.

Cierto es que la Ley 25.871 establece una serie de causales impeditivas de la permanencia, como así también de cancelación de residencia³⁵. Estas causales se vinculan a la posibilidad de acceder a una residencia en el país, mas no impiden el ejercicio de derechos humanos *mientras* esa persona esté en el país, en la condición migratoria que sea —incluso impugnando la decisión que le rechaza la residencia—, tal como garantizan los arts. 6 y 7 de la Ley 25.871. Imagínese de lo contrario que una persona migrante condenada a una pena privativa de la libertad extensa podría verse privada del ejercicio de cualquier derecho simplemente exigiéndosele como requisito presentar el DNI.

Tampoco podemos soslayar que la propia Ley 25.871 prevé supuestos en los que personas que *a priori* encuadran en los impedimentos pueden acceder a una residencia, por razones humanitarias o de reunificación familiar³⁶. En línea similar, se prevé la dispensa por unidad familiar o arraigo en casos en los que podría operar la cancelación de residencia³⁷. También podría ocurrir que una persona extranjera privada de la libertad tenga necesidad de protección como refugiada, lo que la debería sustraer del régimen general de impedimentos previsto en la Ley 25.871³⁸. A pesar de todo esto, en la práctica parece imposible que una persona migrante privada de la libertad obtenga una residencia y, en consecuencia, un DNI. Esto no es porque exista

32 Fallos: 344:3132, cons. 7.

33 *Ibid.*

34 Ley 24.660, arts. 1, 6 y 140.

35 Ley 25.871, arts. 29 y 62.

36 *Ibid.* art. 29 in fine.

37 *Ibid.* art. 62 in fine.

38 *Cfr.* Ley 26.165.

algún impedimento legal para que una persona privada de la libertad tramite el DNI — existen operativos para documentar a las personas argentinas— sino porque en la práctica esto no ocurre para las personas migrantes.

De todas formas, incluso si existiera esa posibilidad; incluso si un migrante privado de la libertad lograra obtener una residencia y un DNI, la pregunta que sigue es si quienes no pueden acceder a la residencia tienen igualmente derecho a la educación en Argentina. Esto es especialmente relevante para las personas privadas de la libertad, quienes enfrentan obstáculos estructurales para acceder a la residencia, pero también para quienes puedan estar en situación irregular pero no en conflicto con la ley penal. Si bien los impedimentos migratorios deben analizarse caso a caso, en concreto y no en abstracto, el derecho a la educación sin discriminación es un derecho humano de toda persona, sin importar la nacionalidad o condición migratoria.

La situación de Costa Ludueña no era una situación particular o excepcional. Es la situación en la que se encuentran todas las personas migrantes privadas de la libertad. La exigencia de DNI para acreditar identidad anula toda posibilidad de estas personas de acceder al programa de educación para ellas previsto. En palabras de Anitua, “se configura una nueva línea punitiva en la cual lo administrativo actúa a veces en consuno —pero con poca lógica interna— con las medidas propiamente penales. Se conforma así una nueva política criminal y represiva diferenciada para los extranjeros” (2006, 136).

V. En busca de los fundamentos subyacentes

El derecho internacional de los derechos humanos, la Constitución Nacional, los principios generales del derecho, las leyes posteriores a la Ley 17.671 y la jurisprudencia de la CSJN

previa a “Costa Ludueña” brindan argumentos sólidos para arribar a una decisión diferente. Sin embargo, la CSJN opta por restringir el acceso a la educación de las personas migrantes con base en el art. 13 de la Ley 17.671.

No podemos limitarnos a contrastar lo resuelto con un conjunto de normas y precedentes que confirmen la existencia de buenas razones para nuestra disconformidad. Siguiendo a Delgado, los derechos “no pueden vivir alimentándose de la pura ‘virtud’” (2006, 4) Es preciso indagar en los motivos detrás de lo que la CSJN dice y, muy especialmente, de lo que omite decir. ¿Cuál es la finalidad estatal detrás de la exigencia de DNI? ¿Cuál es el interés urgente o insoslayable?

En el considerando 9, la CSJN afirma que:

(...) el derecho de aprender que la Constitución y los pactos internacionales amparan no sufre privación alguna por el hecho de que una razonable reglamentación condicione su disfrute a la observancia de pautas de estudio y de conducta a las que el titular de aquel debe someterse. Específicamente en lo que al caso interesa, se debe tener en consideración que el requisito impuesto por las autoridades universitarias en función del marco normativo vinculado a la acreditación de la identidad —y que implica un cierto grado de arraigo— no parece desproporcionado ni un recaudo injustificado si se tiene en cuenta que lo que se halla en disputa es el acceso a ofertas educativas que permitan a los aspirantes formarse, capacitarse y obtener el título universitario que los habilite para ejercer una profesión.

Este considerando encierra varias cuestiones problemáticas que, sin terminar de fundamentar adecuadamente la decisión a la que se arriba, revelan una concepción preocupante sobre las personas migrantes que puede

conducir a una pendiente resbaladiza que las despoje de todo reconocimiento como sujetos de derecho. Trataré de señalar algunas de estas cuestiones.

En primer lugar, llama la atención el lenguaje utilizado por la CSJN. No se habla del derecho de aprender del Sr. Costa Ludueña, que claramente se ve afectado en este caso. Se habla de que el derecho de aprender, en abstracto, “no sufre privación alguna”. Entiendo que no son los derechos los que sufren privaciones, sino que en todo caso las personas que son sus titulares se ven privadas de su ejercicio. Siguiendo con el lenguaje, también es llamativa la referencia a lo que se halla “en disputa”. No queda claro quiénes están enfrentados en el caso, pero esta expresión viene asociada al “acceso a ofertas educativas”. Dice la CSJN que hay una disputa en el acceso a ofertas educativas, pero en ningún momento se plantea el conflicto en términos de permitirle estudiar al Sr. Costa Ludueña en detrimento de la posibilidad de acceder a la universidad para otra persona. Excede el ámbito de este trabajo ahondar en que la UBA es una universidad pública y gratuita. ¿Qué disputa será esta?

La CSJN habla de la razonable reglamentación del derecho de aprender, a través de la observancia de “pautas de estudio o conducta”. Realiza esta afirmación sin ahondar en por qué considera que la presentación de DNI es una pauta de ese tipo. Definitivamente no es una pauta de estudio. ¿Se trata de una pauta de conducta? ¿Se exige DNI como se exige no plagiar en un examen o tratar con respeto a compañeros y docentes? ¿O se trata de un requisito meramente formal con una finalidad concreta, que es la acreditación de la identidad? Si es solo esto último, el problema con el razonamiento de la CSJN se torna evidente, dado que “no hay razones suficientes para la distinción si la intensidad de restricción es mayor que el peso de las razones justificatorias” (Clericó, Aldao y

Ronconi 2016, 224). El peso de una restricción al derecho humano a la educación es mayor que la afectación “sufrida” por el estado al permitir que se acredite la identidad con el pasaporte. Al asimilarla a una pauta de conducta, se naturaliza la exigencia del DNI para satisfacer una finalidad que perfectamente puede cumplirse con otro documento: “la institución instituida hace olvidar que es la resultante de una larga serie de actos de institución y se presenta con todas las apariencias de lo natural” (Bourdieu 1993).

Esto nos lleva a la parte más rica de este considerado. La que hace el salto entre las normas sobre acreditación de identidad, el arraigo, y la posibilidad de acceder a oportunidades de formación, capacitación y un título habilitante. La CSJN vincula la acreditación de identidad a través del DNI a “un cierto grado de arraigo”. Lo hace al pasar, entre guiones, como si no fuera uno de los pasajes centrales del fallo, lo más cercano a revelar sus verdaderos fundamentos. Puede ser que contar con un DNI equivalga a tener arraigo en el país. ¿Es el arraigo un requisito para poder acceder a la universidad? ¿Las resoluciones de la UBA exigen DNI porque les interesa que sus estudiantes estén “arraigados”? Una estudiante de intercambio que viene al país por unos meses y luego regresa a su país podrá tramitar el DNI sin inconvenientes. Una persona que reside en situación irregular durante décadas, por el motivo que sea, no tiene DNI, pero sin dudas tendrá más arraigo que esta estudiante hipotética. ¿Qué es este arraigo al que se refiere la CSJN, de dónde surge y cómo se acredita? Pareciera que estamos ante un “presupuesto reactivo, que entiende que la heterogeneidad incontrolada es una anomalía cuyos efectos perversos urge desactivar” (Delgado 2006, 1).

El acceso al DNI de quien obtiene una residencia por estudio está ligado a la condición de estudiante, no a la inversa: cuando la UBA

exige DNI luego de dos cuatrimestres con remisión al art. 7 de la Ley 25.871, hay allí una presunción de que la persona pudo radicarse por estudio, lo que no significa interpretar que si por alguna razón no pudo hacerlo el art. 7 le impide continuar estudiando. Ni la Ley de Migraciones ni las leyes sobre educación incluyen un requisito sobre arraigo para el efectivo acceso, continuidad y egreso del sistema educativo.

Volvemos finalmente a esa disputa invisible sobre el acceso a ofertas educativas “que permitan a los aspirantes formarse, capacitarse y obtener el título universitario que los habilita para ejercer una profesión”. Para la CSJN esto es en definitiva lo que justifica el recaudo, lo que implica que no es desproporcionado. ¿Qué relación traza la CSJN entre el objetivo de formarse y obtener un título con el recaudo de acreditar identidad solo a través de un DNI? ¿Está diciendo que no sería deseable que una persona migrante que acredita identidad con pasaporte pueda estudiar una carrera universitaria en Argentina, obtener un título y ejercer una profesión? ¿O está diciendo que preferiría que solo lo puedan hacer quienes tienen DNI, es decir, quienes tienen una residencia temporaria o permanente, es decir, quienes no se encuentren en situación irregular, en particular por estar en conflicto con la ley penal? ¿Por qué omite la CSJN trazar una relación entre el objetivo de la norma que exige el DNI y el objetivo resocializador de la pena³⁹, para el cual el acceso a la educación sin dudas es fundamental? ¿Por qué omite la CSJN considerar que una persona puede encontrarse en situación irregular en un momento concreto, pero poder regularizar su situación por diversos motivos sobrevinientes? La Ley 25.871, como ya vimos, escinde el acceso a la educación de la regularidad migratoria. Las leyes sobre educación, en respuesta, hacen lo mismo. Los

39 Ley 24.660, art. 1.

instrumentos de derechos humanos con jerarquía constitucional, por su parte, reconocen que el derecho a la educación implica, entre otras cosas, el derecho a la capacitación “para lograr una digna subsistencia, en mejoramiento del nivel de vida y para ser útil a la sociedad”⁴⁰, que la educación debe tener como objetivo el pleno desarrollo de la personalidad humana y el respeto por los derechos humanos, favoreciendo el pluralismo y la comprensión en y entre sociedades, y que la educación superior debe ser accesible sobre la base de la capacidad de cada persona⁴¹.

Para Ferrajoli (2019, 13), el principio de igualdad es importante porque las personas somos tanto diferentes (en el sentido de diversidad de identidades personales) como desiguales (en el sentido de diversidad de condiciones de vida materiales). Para el autor, las personas migrantes enfrentan hoy la violación más dramática del principio de igualdad en las dos dimensiones referidas, a través de la creación de la figura de la “persona ilegal, fuera de la ley en cuanto persona, carente de derechos por ser jurídicamente invisible” (Ferrajoli 2019, 185). Como los estados no tienen capacidad para limitar o impedir el fenómeno migratorio, que es ya un “hecho estructural e imparable”, solo pueden “hacerlo clandestino y dramatizarlo” (Ferrajoli 2019, 186). Hay sin dudas una contradicción entre “las prácticas de exclusión de los migrantes como no-personas y los valores de igualdad y libertad inscritos” en las constituciones de las democracias occidentales (Ferrajoli 2019, 187). Esta contradicción salta a la vista al hurgar en la

40 Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. XII.

41 Declaración Universal de los Derechos Humanos; art. 26; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 13; Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 13.

concepción de igualdad que la CSJN invoca en “Costa Ludueña”.

Debemos prestar atención a la proliferación de una “espesa maraña administrativa de normas y prácticas persecutorias”, a un “derecho administrativo antihumanitario” (Ferrajoli 2019, 196-197), que contradice las normas de derecho interno e internacional que reconocen el ejercicio de derechos en condiciones de igualdad. Cuando este “sadismo burocrático”, lejos de encontrar un freno en la justicia, es legitimado, debemos reflexionar sobre las posibles causas y consecuencias, máxime cuando la práctica de la exclusión, lejos de ser ocultada o negada, “se hace flamear” en busca de consenso (Ferrajoli 2019, 200).

VI. Conclusión

Analizar un fallo tan escueto que está tan abiertamente en contradicción con las normas vigentes es un desafío. Si ese fallo proviene del máximo tribunal, cuya jurisprudencia relevante iba en otro sentido, y no habiendo ya posibilidades de revisión, más que desafiante es muy desalentador.

La CSJN parece eludir aquello que en definitiva está diciendo —que un migrante privado de la libertad no tiene derecho a acceder a la educación superior—, recurriendo a un argumento disfrazado de igualdad: el DNI es exigido a todas las personas, sin importar su nacionalidad o condición. En este tipo de situaciones es especialmente importante poder ver más allá de lo resuelto, procurar leer entre líneas y reflexionar sobre el posible impacto de la decisión, a fin de estar en mejor posición para defender el principio de igualdad y no discriminación y los derechos de las personas migrantes.

La discriminación de las personas migrantes no es una novedad, pero atravesamos un momento particularmente difícil para hacerle frente. Las medidas adoptadas en el contex-

to de la pandemia de COVID-19, incluyendo cierre de fronteras y permisos de circulación, fortalecieron la legitimación de prácticas securitistas que afectan especialmente a las personas migrantes en situación irregular, quienes se encuentran entre la población más vulnerable del planeta. En este contexto, el fallo dictado por la CSJN en “Costa Ludueña” es otro lamentable ladrillo en la pared.

Bibliografía

Anitua, Gabriel Ignacio. 2006. “La inmigración y los discursos de la seguridad”. En: *Flujos migratorios y su (des)control. Puntos de vista pluridisciplinarios*, coordinado por Roberto Bergalli, 135-157. Barcelona: Anthropos.

Bourdieu, Pierre, 1993. “Espíritus de Estado. Génesis y estructura del campo burocrático”. Consultado: 21 de septiembre de 2022. [http://sociologiagenerall1.sociales.uba.ar/wp-content/uploads/sites/213/2014/03/genesis.pdf](http://sociologiagenerall1 sociales.uba.ar/wp-content/uploads/sites/213/2014/03/genesis.pdf)

Ceriani Cernadas, Pablo y Odriozola, Ignacio. 2022. “Personas migrantes. Expulsiones. Niños y niñas. Educación. CSJN, “Huang, Qiuming c/EN-DNM s/recurso directo DNM”; “Otoya Piedra, Cesar Augusto c/EN-DNM s/recurso directo DNM”, 7 de diciembre de 2021 y “Costa Ludueña, Peter Harry c/UBA s/Amparo Ley 16.986”, 28 de octubre de 2021”. *Debates sobre Derechos Humanos*. Consultado: 21 de septiembre de 2022. <https://debatesdh.blogspot.com/2022/08/nuevo-comentario-fallos-de-la-csjn.html>

Clérico, Laura; Aldao, Martín y Ronconi, Liliana. 2016. “Igualdad”. En: *Comentarios de la Constitución de la Nación Argentina*, Tomo II, coordinado por Roberto Gargarella y Sebastián Guidi, 211-257. Buenos Aires: La Ley.

Delgado, Manuel. 2006. “Nuevas retóricas para la exclusión social”. En: Flujos migratorios y su (des)control. *Puntos de vista pluridisciplinarios*, coordinado por Roberto Bergalli, 1-23. Barcelona: Anthropos.

Ferrajoli, Luigi. 2019. *Manifiesto por la igualdad*. Madrid: Editorial Trotta.

Pinto, Mónica. 2004. “El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”. En: *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, compilado por Martín Abregú y Christian Courtis, 163-171. Buenos Aires: Editores del Puerto.

Saba, Roberto. 2021. *Más allá de la igualdad formal ante la ley: ¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?*, 3ra edición. Buenos Aires: Siglo XXI Editores.

El rol de la Defensoría del Pueblo en el acceso a la justicia de las personas migrantes¹

Camila Carril

Abogada (UBA). Maestranda en Derecho Administrativo (UBA).

I. Introducción

La relevancia de la Defensoría del Pueblo para el acceso a la justicia de la población migrante que habita en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en tanto organismo de acompañamiento en los procesos de regularización migratoria, se relaciona a las competencias que detenta que la habilitan a acompañar los procedimientos administrativos migratorios a partir de una concepción integral de la política pública.

En efecto, esta institución desde sus orígenes ha promovido el acceso a la regularidad migratoria de la población migrante. Es dable tener presente que, en el ámbito nacional, la Defensoría del Pueblo es un organismo creado con anterioridad a la reforma constitucional de 1994, ya incorporado al sistema institucional por la ley N° 24.284. Tras la reforma constitucional, la figura del Defensor del Pueblo quedó plasmada en el art. 86 de la Constitución Nacional. Allí se le asigna una doble competencia preventiva y reparadora en la defensa y protección de los derechos humanos y otros derechos, garantías e intereses tutelados en la Constitución Nacional y las leyes.

¹ Agradezco los aportes sustantivos de Romina Fleitas para este trabajo.

Cabe destacar que esta figura ya existía en las constituciones de algunas provincias con anterioridad a la ley N° 24.284. Por su parte, en la Ciudad de Buenos Aires existió la figura del Contralor General Comunal, que tenía como funciones la protección de los derechos e intereses legítimos y difusos de los habitantes de la ciudad (art. 2 de la Ordenanza Municipal N° 40.831). Posteriormente, con el proceso de autonomía de la Ciudad de Buenos Aires, la figura quedó plasmada en su Constitución dentro del título de Órganos de Control, en el art. 137, que reza:

La Defensoría del Pueblo es un órgano unipersonal e independiente con autonomía funcional y autarquía financiera, que no recibe instrucciones de ninguna autoridad. Es su misión la defensa, protección y promoción de los derechos humanos y demás derechos e intereses individuales, colectivos y difusos tutelados en la Constitución Nacional, las leyes y esta Constitución, frente a los actos, hechos u omisiones de la administración o de prestadores de servicios públicos.

Tiene iniciativa legislativa y legitimación procesal. Puede requerir de las autoridades públicas en todos sus niveles la información necesaria para el mejor ejercicio de sus funciones sin que pueda oponérsele reserva alguna.

Está a cargo de un Defensor o Defensora del Pueblo que es asistido por adjuntos cuyo número, áreas y funciones específicas y forma de designación son establecidas por la ley.

Es designado por la Legislatura por el voto de las dos terceras partes del total de sus miembros, en sesión especial y pública convocada al efecto.

Debe reunir las condiciones establecidas para ser legislador y goza de iguales inmunidades y prerrogativas. Le alcanzan las inha-

bilidades e incompatibilidades de los jueces. Su mandato es de cinco años; puede ser designado en forma consecutiva por una sola vez, mediante el procedimiento señalado en el párrafo quinto. Sólo puede ser removido por juicio político.

El Defensor del Pueblo vela por la defensa y protección de los derechos y garantías de los habitantes frente a hechos, actos u omisiones de las fuerzas que ejerzan funciones de policía de seguridad local.

La ley N° 3 dictada en el año 1998 creó la Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires como órgano unipersonal e independiente con autonomía funcional y autarquía financiera con las misiones que le acuerda la Constitución de la Ciudad.

La importancia de esta Institución para el acceso a la justicia de la población migrante que habita o transita en la ciudad se relaciona a las competencias que detenta que la habilitan a acompañar los procedimientos administrativos migratorios promoviendo la regularidad migratoria a partir de una red de trabajo articulado.

En concreto, el presente trabajo busca ahondar en el concepto de acceso a la justicia desde una perspectiva no jurisdiccional, a partir de la labor desarrollada por la Defensoría del Pueblo en materia migratoria.

Así, tal como se expondrá en los apartados siguientes, es posible entender que el acceso a la justicia no solo se garantiza ante los tribunales, sino también ante instancias administrativas que permitan promover el pleno acceso a los derechos consagrados en la Constitución y las leyes. Para ello, la Defensoría del Pueblo ha generado redes de articulación interinstitucional a partir de los reclamos efectuados que han servido de base para diagnósticos en la aplicación de las políticas públicas migratorias y, con ello, para el abordaje de las situaciones conflictivas desde una óptica no jurisdiccional.

II. La competencia preventiva de la Defensoría del Pueblo en aras del acceso a la justicia de la población migrante

El acceso a la justicia en tanto garantía para que las personas puedan hacer oír su voz y ejercer sus derechos es un principio fundamental en un estado de derecho. La Declaración de la Reunión de Alto Nivel de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre el Estado de Derecho en los planos nacional e internacional¹, hizo hincapié en el derecho a la igualdad de acceso a la justicia para todos, incluidos los miembros de grupos vulnerables, y puso de relieve el compromiso de los estados miembros de adoptar todas las medidas necesarias para prestar servicios justos, transparentes, eficaces, no discriminatorios y responsables que promovieran el acceso a la justicia para todos, entre ellos la asistencia jurídica².

En esta tesitura, el acceso a la justicia comprende dos ámbitos: por un lado, el normativo relacionado al acceso igualitario a los derechos reconocidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos; por el otro, el práctico vinculado a los procedimientos para asegurar el ejercicio del derecho de acceso a la justicia. Este segundo aspecto implica el acceso a las instituciones no solo judiciales, sino también administrativas para resolver los conflictos que se les presentan a las personas en su vida diaria.

Al respecto, las defensorías del pueblo resultan actores relevantes por tratarse de órganos de control que promueven la vigencia de los derechos humanos frente a su vulneración, a partir de la recepción de un reclamo que no requiere del patrocinio de un abogado. Es decir, la informalidad del procedimiento ante

estos órganos constitucionales y la cercanía al reclamante contribuyen a garantizar el acceso a la justicia de la población en situación de vulnerabilidad que requiere de su servicio.

En tal sentido, las dificultades para el acceso a la justicia se evidencian con mayor agudeza cuando se trata de grupos vulnerables como la población migrante. Teniendo presente esta circunstancia, las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad recomiendan en su punto 2 "(...) priorizar actuaciones destinadas a facilitar el acceso a la justicia de aquellas personas que se encuentren en situación de mayor vulnerabilidad" e incluyen entre sus destinatarios a las personas que desempeñan sus funciones en las instituciones de Ombudsman (punto 24 Inc. d). Sobre el particular cabe destacar que la Federación Iberoamericana de Ombudsman, agrupación que reúne a defensores del pueblo, procuradores, proveedores, comisionados y presidentes de comisiones públicas de derechos humanos de los países iberoamericanos de los ámbitos nacional, estatal, regional, autonómico o provincial -entre ellos la Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires-, participó en la elaboración de estas Reglas.

De acuerdo a lo expuesto, las defensorías del pueblo son órganos no judiciales que contribuyen en el acceso a la justicia de la población. En el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la Defensoría constituye un órgano de protección que tiene -al igual que la Defensoría del Pueblo de la Nación- dos tipos de competencias: preventiva y reparadora según sea para incidir en las políticas públicas o legislación vigente a partir de las investigaciones, diagnósticos y opiniones emitidas, o bien para demandar ante la justicia a partir de su legitimación activa.

En materia migratoria es fundamentalmente el ejercicio de la primera competencia el que ha incidido en los procedimientos de

1 A/RES/67/1. Link: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N12/478/69/PDF/N1247869.pdf?OpenElement>

2 Cfr. párr. 14 y 15.

regularización migratoria. Esto se debe, en particular, a las limitaciones que la Justicia ha resuelto en torno a la competencia de este órgano para instar acciones judiciales en el ámbito nacional. Así, cabe tener presente que en la causa caratulada “Centro de Estudios Legales y Sociales y otros c/ EN-DNM s/ amparo Ley 16.986” (exp. 3061/17) el juez de primera instancia en lo contencioso administrativo federal hizo lugar a la legitimación de la Defensoría al señalar que:

(...) aquellos se han presentado en autos en resguardo de los derechos de los migrantes que habitan en sus jurisdicciones -quienes podrían ser sujetos de la normativa que se impugna-, y tanto la Constitución y la ley 3 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires como la Constitución y la ley 13.834 de la Provincia de Buenos Aires otorgan a las respectivas defensorías del pueblo legitimación procesal, autorizando la posibilidad de estar en juicio respecto de las decisiones que afecten los derechos consagrados en aquellas, cualquiera sea su origen.

Sin embargo, la Cámara siguió el camino opuesto. En efecto, la Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal descartó la legitimación de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires por aplicación de la doctrina del voto de mayoría del precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires c/ Sec. De Comunicaciones (resol 2926/99) s/amparo ley 16.986”, del 31 de octubre de 2006.

De este modo, más allá de que la ley N° 3 faculta a la Defensoría a instar acciones judiciales en todos los fueros, inclusive el federal³, la doctrina imperante ha recortado esta facultad al entender que:

“(…) como regla y de conformidad con lo resuelto en Fallos 329:4542, los órganos locales carecen de atribuciones para cuestionar los actos emanados de las autoridades federales, excepto en la medida en que sus respectivas constituciones provinciales les atribuyan expresamente esa facultad, o las leyes nacionales se las reconozcan” (considerando II, causa 3061/2017).

De allí la importancia que reviste el ejercicio de la competencia preventiva de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires en materia migratoria, considerando que la política migratoria argentina es aplicada por una autoridad federal, la Dirección Nacional de Migraciones (DNM), conforme lo pautado en la ley 25.871 (art. 107).

Así, el ejercicio de la competencia preventiva en temas migratorios se materializa en la posibilidad de incidir en el procedimiento administrativo ante la Dirección Nacional de Migraciones con carácter previo al dictado de una orden de expulsión. Ello así, atento a que cuando se dicta una orden de expulsión se activan los mecanismos que la ley 25.871 y su decreto reglamentario 616/10 establecen en el art. 86 que señala:

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 (Ley 25.871).

³ Cfr. art. 13 inc. h.

La DIRECCION NACIONAL DE MIGRACIONES, ante el planteo que efectúe un extranjero, dará inmediata intervención al MINISTERIO PUBLICO DE LA DEFENSA, disponiendo la suspensión de cualquier trámite y de los plazos en curso en las actuaciones administrativas, hasta que el referido Ministerio tome intervención o el interesado reciba la asistencia jurídica necesaria para la salvaguarda de sus intereses (Decreto 616/10).

En este marco, la normativa nacional se complementa con las competencias que la constitución de la Ciudad le otorga a la Defensoría para proteger los derechos humanos frente a los actos, hechos u omisiones de la administración y que la ley N° 3 reglamenta en sus artículos 2, 13, 32 y 36⁴. A partir de

4 Los artículos 2, 13, 32 y 36 de la Ley 3 establecen en sus partes pertinentes:

Artículo 2°.- Es misión de la Defensoría la defensa, protección y promoción de los derechos humanos y demás derechos y garantías e intereses individuales, colectivos y difusos tutelados en la Constitución Nacional, la Constitución de la Ciudad y las leyes, frente a los actos, hechos u omisiones de la administración (...).

Artículo 13.- Para el cumplimiento de sus funciones el Defensor o Defensora del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires tendrá las siguientes atribuciones: (...) b. Solicitar vista de expedientes, informes, documentos, antecedentes y todo otro elemento que estime útil a los efectos de la investigación, aun aquellos clasificados como reservados o secretos, sin violar el carácter de estos últimos... d. Solicitar la comparencia personal de los presuntos responsables, testigos, denunciadores y de cualquier particular o funcionario que pueda proporcionar información sobre los hechos o asuntos que se investigan. e. Ordenar la realización de los estudios, pericias y la producción de toda otra medida probatoria conducente al esclarecimiento de la investigación. f. Fijar los plazos para la remisión de informes y antecedentes y para la realización de diligencias (...) h. Promover acciones administrativas y judiciales en todos los fueros, inclusive el Federal (...) j. Proponer la modificación o sustitución de normas y criterios administrativos... n. Dictar el Reglamento Interno, nombrar y remover

las facultades que la ley le otorga, la Defensoría ha suscrito convenios de colaboración con la Dirección Nacional de Migraciones, con el compromiso de establecer planes de trabajo, cooperación mutua, pronta y eficaz en aquellas circunstancias que se originen en temáticas de interés de ambas⁵; y con el Ministerio Público de la Defensa de la Nación (en particular, con su Comisión del Migrante). En concreto, éste último convenio fue firmado con el objeto de canalizar de forma más eficiente las demandas y fortalecer los vínculos interinstitucionales generados, a fin de promover el proceso de regularización migratoria de las personas⁶. Así, mientras la Co-

a sus empleados y proyectar y ejecutar su presupuesto. ñ. Determinar la estructura orgánico-funcional (...) o. Realizar toda otra acción conducente al mejor ejercicio de sus funciones (...).

Artículo 32.- Todos los organismos, los entes y sus agentes contemplados en el artículo 2, y los particulares, están obligados a prestar colaboración, con carácter preferente, a la Defensoría del Pueblo en sus investigaciones e inspecciones. En ningún caso puede impedirse u obstaculizarse la presentación de una queja o el desarrollo de una investigación.

Artículo 36.- Con motivo de sus investigaciones, el Defensor o Defensora del Pueblo puede formular advertencias, recomendaciones, recordatorios de los deberes de los funcionarios, y propuestas para la adopción de nuevas medidas. Las recomendaciones no son vinculantes, pero si dentro del plazo fijado la autoridad administrativa afectada no produce una medida adecuada, o no informa de las razones que estime para no adoptarla, el Defensor o Defensora del Pueblo puede poner en conocimiento del ministro o secretario del área, o de la máxima autoridad de la entidad involucrada, los antecedentes del asunto y las recomendaciones propuestas. Si tampoco así obtiene una justificación adecuada, debe incluir tal asunto en su informe anual o especial a la Legislatura, con mención de los nombres de las autoridades o funcionarios que hayan adoptado tal actitud.

5 Convenio Marco de Colaboración entre la Dirección Nacional de Migraciones y la Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2011.

6 Convenio Específico I entre el Ministerio Público de la Defensa de la Nación y la Defensoría del Pueblo de la

misión del Migrante de la Defensoría General de la Nación interviene en los procedimientos administrativos y judiciales de expulsión de extranjeros, la Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires interviene promoviendo, defendiendo y difundiendo los derechos de las personas migrantes frente a aquellos obstáculos evidenciados en los procesos de regularización migratoria. Esto es, durante la sustanciación de esos procedimientos⁷.

De este modo, las intervenciones de los organismos se complementan favoreciendo el cumplimiento de la normativa migratoria en lo que respecta a la promoción de medidas tendientes a regularizar la situación de las personas migrantes. En este punto, cabe tener presente que el art. 17 del decreto N° 616/10 faculta a la Dirección Nacional de Migraciones a firmar convenios con organismos públicos y recurrir a su colaboración, facultad de la que ha hecho uso y ha derivado en la red de articulación interinstitucional detallada anteriormente.

Se deriva de lo expuesto que, más allá de lo expresamente pautado en el art. 86 de la ley N° 25.871 en cuanto al acceso al derecho a un recurso efectivo en materia de expulsiones, la figura del defensor o defensora del pueblo permite acompañar en el proceso administrativo de regularización migratoria a las personas que quieren residir en el país. Ello

así, en tanto las cuestiones jurídicas que dicho procedimiento exige sortear requieren de aptitudes técnicas que pueden hallarse entre las competencias de la Defensoría del Pueblo.

III. Procedimiento administrativo migratorio. Incidencia y colaboración de la Defensoría del Pueblo para el acceso a la regularidad migratoria

Previamente se han definido las competencias de la Defensoría dentro de la red de articulación interinstitucional. En el presente apartado se detallarán algunas de las cuestiones de procedimiento administrativo migratorio que hacen a la necesidad de acompañamiento de los trámites iniciados. Esto, detallando los mecanismos de abordaje institucional en tanto organismo de protección de derechos, mediante la elaboración de oficios, resoluciones, informes interdisciplinarios e informes sociales, presentaciones en el ámbito internacional, informes de incidencia, litigio, entre otros.

Como punto de partida, cabe señalar que el procedimiento administrativo migratorio se inicia a partir de la solicitud que formula el interesado ante la Dirección Nacional de Migraciones, a distancia, a través del sistema de Radicación a Distancia de Extranjeros (Ra.D.Ex.), con la indicación de un correo electrónico al cual se le notificará el progreso del trámite. El inicio de la solicitud requiere de un previo encuadre de situación según el criterio al cual la persona vaya a aplicar. Así, la ley N° 25.871 establece en sus artículos 20, 22 y 23 las categorías y plazos de admisión según se trate de: residentes transitorios, temporarios, permanentes y precarios; éste último requiere que el encuadre se realice durante la sustanciación de las solicitudes de residencia iniciadas.

Las particularidades que reviste el procedimiento administrativo se observan desde que se define el *encuadre migratorio* hasta que se

Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2013.

7 Se destaca que la disposición de la Defensoría del Pueblo N° 71/12 creó el Programa de Atención a Migrantes y Políticas Migratorias que posteriormente fue reemplazado por la Subdirección de Migrantes mediante disposición N° 40/14. Ambas señalan entre sus objetivos generales: “promover, defender y difundir los derechos de los migrantes, en particular, en lo que respecta al proceso de regularización migratoria”. Para ello, se detallan entre las funciones: “intervenir frente a aquellos obstáculos evidenciados en los procesos de regularización migratoria en miras a garantizar el derecho a residir en forma regular desarrollando las medidas operativas necesarias a tal fin”.

inicia el proceso y se sustancia ante la autoridad. Por un lado, la definición de la categoría y subcategoría que la persona aplicará requiere conocer la situación del interesado y, a su vez, las posibilidades normativas para su encuadre en tanto se establecen, dentro del art. 22 del decreto N° 616/10, cuatro alternativas para acceder a una residencia permanente; y, dentro del art. 23, catorce subcategorías de radicación. Una vez concluido el trámite a través de la plataforma Ra.D.Ex, la DNM envía por correo electrónico la cita presencial, en cuyo marco el interesado presentará la documentación original y le será tomada la biometría. El acceso a la información con carácter previo a esa etapa presencial es esencial, ya que si hubo errores en la carga de la solicitud, su subsanación posterior se torna muy compleja y puede dar lugar al rechazo de la solicitud con la consiguiente conminación a iniciar un nuevo expediente demorando e incluso volviendo más costoso en términos económicos el acceso al procedimiento. Téngase presente que en los grupos especialmente vulnerables la posibilidad de una entrevista individual y de un acompañamiento personalizado significa no solo la promoción del correcto encuadre migratorio para el inicio del Ra.D.EX sino también la posibilidad de entender el procedimiento al que se está sometiendo el interesado. Esto es: poder preguntar, repreguntar, tener un organismo de referencia de fácil acceso, cara a cara. Para poder acceder a información adecuada es importante primero sentir la libertad, en un espacio de respeto, de poder expresar las dudas, los miedos y de consultar todas las veces que se necesite.

Una vez definido el encuadre migratorio, las dificultades pueden estar dadas en relación al cumplimiento de todos los requisitos que la normativa migratoria exige para el inicio del procedimiento.

Uno de los recaudos legales para el acceso a la residencia es el de la acreditación del ingreso regular al territorio nacional con la tar-

jeta de entrada o pasaporte intervenido por autoridad migratoria o bien el registro en el sistema informático de tránsitos de la DNM⁸.

En estos casos, la propia ley N° 25.871 habilita en su artículo 29 in fine, la posibilidad de "(...) admitir, excepcionalmente, por razones humanitarias o de reunificación familiar" a quienes tuvieren un impedimento como el regulado en el artículo 29 inc. i; esto es, a quienes ingresaron eludiendo el control migratorio o por lugar u horario no habilitado al efecto. Esta posibilidad debe ser planteada y argumentada en el marco del expediente migratorio de modo de activar el mecanismo de admisión excepcional.

Así, cuando se presenta ante la Defensoría uno de estos casos, se realizan entrevistas que permiten ahondar en la situación a fin de evaluar las posibilidades de plantear la excepción a la falta de ingreso al país por razones humanitarias o de reunificación familiar. Y, conforme a ello, el organismo puede iniciar y acompañar la solicitud mediante informes sociales y/o interdisciplinarios, oficios administrativos y gestiones que habiliten y promuevan el otorgamiento de la residencia petitionada por la vía de excepción, en los términos del art. 29 in fine. Por el contrario, sin un acompañamiento y exposición del caso, la situación puede derivar en una conminación a hacer abandono del país o en una orden de expulsión⁹.

8 Véanse las disposiciones 1105/2011 y 1637/2022 de la Dirección Nacional de Migraciones.

9 La Disposición N° 1637/2022 de "Requisitos para solicitudes de residencia de migrantes nacionales de Estados Parte y asociados al Mercosur" que dejó sin efecto la disposición N° 1488/2010 (Instructivo de Trámites Mercosur), establece en su Anexo I como requisito para la obtención de la residencia: "Acreditar ingreso regular al Territorio Nacional" (art. 4). En sentido concordante, la Disposición N° 1105/2011 (Instructivo de Trámites No Mercosur), establece en su Anexo, punto 4, que: "En caso de que un extranjero se presentase a iniciar su

La temática del ingreso al país ha sido planteada también a través de resoluciones de la Defensoría que exponen de modo colectivo cómo la situación afecta a la población migrante (resoluciones N° 3075/2011, 825/2013 y 1759/2022). En especial, esta vía es utilizada cuando persiste la problemática más allá de los abordajes individuales y se orienta a proponer alternativas que permitan encauzar las situaciones, a partir del análisis pormenorizado de la política pública aplicada en los casos concretos. En efecto, en el marco de la resolución N° 825/2013 se recomendó

(...) la evaluación por parte de la DNM de alternativas a favor de los extranjeros que faciliten el cumplimiento del requisito: declaración jurada de ingreso (así ha ocurrido durante la vigencia del Programa Nacional de Normalización Documentaria Migratoria "Patria Grande"), presentación de documentación pública que dé cuenta del tiempo de residencia en el país, etc.

A su vez, en la resolución N° 1759/2022 se exhortó a la Dirección Nacional de Migraciones a

(...) reforzar el cumplimiento de las obligaciones que emergen del art. 9° de la Ley Nacional N° 25.871 -y modificatorias-, en cuanto a la difusión de la información sobre las consecuencias que puede conllevar la falta de registro del ingreso al país, entre ellas, la suspensión de una prestación social.

solicitud de residencia sin legal ingreso al país, deberá darse intervención al Departamento de Gestión Administrativa, dependiente de la Dirección De Control De Permanencia, en Sede Central, para que resuelvan la situación del extranjero en la esfera de su competencia. En las Delegaciones de la DNM, se deberá proceder conforme se establece en el Manual de Control de Permanencia."

Cabe destacar que si bien las resoluciones no tienen efecto vinculante, si dentro del plazo fijado la autoridad administrativa afectada no produce una medida adecuada, o no informa de las razones que estime para no adoptarla, el Defensor o Defensora del Pueblo puede poner en conocimiento del ministro o secretario del área, o de la máxima autoridad de la entidad involucrada, los antecedentes del asunto y las recomendaciones propuestas¹⁰. De este modo, las resoluciones emitidas por la Defensoría del Pueblo sirven de antecedentes en instancia administrativa para planteos que puedan formularse en otra órbita -judicial y/o internacional-. En esta tesitura, la Defensoría ha presentado un Informe Alternativo ante el Comité de Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y sus Familias, 2° ciclo (2017), exponiendo, entre otros aspectos, su intervención en lo que respecta al pedido de dispensas por reunificación familiar o razones humanitarias y expresando la importancia de que la autoridad migratoria realice un abordaje integral en aquellas situaciones que comprometan derechos fundamentales, en especial cuando involucre derechos de los niños, niñas y adolescentes en contexto de migración¹¹.

La falta de ingreso al país como impedimento y su posibilidad de dispensa también ha sido abordada por la Defensoría en el marco de la acción judicial entablada contra el decreto de necesidad y urgencia. N° 70/2017 (expediente judicial N° 3061/2017).

Otro aspecto ligado al procedimiento de regularización migratoria es el relativo a la acreditación de los antecedentes penales y las dificultades de avanzar en el trámite cuando

10 Cfr. art. 32 de la ley N° 3 de la CABA.

11 Véase: https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CMW/Shared%20Documents/ARG/INT_CMW_IFN_ARG_29053_S.pdf [consulta efectuada el 09/08/2022].

la persona tiene antecedentes, impedimento regulado en el art. 29 inc. c de la ley N° 25.871. En estos casos, resulta esencial el asesoramiento que se le puede brindar al interesado y la información sobre el encuadre de su situación en los parámetros previstos por el precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Apaza León, Pedro Roberto c/ EN - DNM disp. 2560/11 (exp. 39.845/09) s/ recurso directo para juzgados” (fallos 341:500)¹², o bien, en la posibilidad de excepción regulada en el art. 29 in fine de la ley N° 25.871. En ambos casos, la intervención mediante oficios, notas e informes sociales, y las gestiones que puedan establecerse desde la Defensoría sirven de cauce para favorecer una respuesta que promueva la petición. Cabe destacar que la ausencia de presentaciones concretas que aborden la situación de la persona con antecedentes deriva en la aplicación del impedimento del art. 29 inc. c mencionado, con la consecuente orden de expulsión del país.

Sobre esta cuestión, además de la instancia individual, la Defensoría se ha expedido en el marco del Informe Alternativo ante el Comité de Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y sus Familias, 2° ciclo (2017) que, más allá de analizar la

situación a la luz del derogado DNU 70/2017, desarrolló su intervención en el contexto de la dispensa regulada en el art. 29 in fine de la Ley N° 25.871. En concreto, expuso que:

(...) [e]n lo que respecta al otorgamiento de dispensas por reunificación familiar o razones humanitarias, cabe consignar que esta Defensoría (...) ha requerido la aplicación de la vía excepcional en relación a personas con antecedentes penales que tienen a su familia en Argentina. En tal sentido, preocupa a esta Defensoría, por un lado, cómo se ha conceptualizado la reunificación familiar. Al respecto, el DNU (70/2017) dispone que cuando se invoque el derecho de reunificación familiar “deberá acreditarse la convivencia del grupo familiar”, a cuyo fin “no se considerará al extranjero de quien se comprobare se hubiera desinteresado afectiva o económicamente de la persona cuyo vínculo familiar invoque” (art. 29 in fine). En rigor, no siempre existe convivencia entre padres e hijos sobre todo si los padres se encuentran separados o divorciados, lo que no es sinónimo de inexistencia de vínculo familiar. En sentido concordante, la norma no explicita la forma de comprobar el interés afectivo o económico, conceptos de amplia subjetividad, cuya aplicación será arbitrio de la DNM. Por otro lado, preocupa también que se haya privado al Juez de la posibilidad de evaluar estas situaciones en tanto es una facultad exclusiva de la DNM el otorgamiento de la dispensa. En especial, porque no siempre es evaluado de forma acabada el pedido de excepción 20, sobre todo, en los casos de personas con antecedentes penales, donde hay una aplicación casi automática del impedimento más allá de que se trate de una persona condenada por un delito menor, sostén de familia y con hijos argentinos.

12 La Corte Suprema de Justicia de la Nación dispuso allí que: “(...) la interpretación plausible del inciso c del artículo 29 de la ley 25.871 es que tanto la “condena” como los “antecedentes”, para poder justificar la prohibición de entrada o la expulsión de un migrante, deben relacionarse con alguna de las cinco categorías de delitos que se mencionan en el inciso -tráfico de armas, de personas, de estupefacientes, lavado de dinero o inversiones en actividades ilícitas-, o bien con cualquier otro delito que para la legislación argentina merezca pena privativa de libertad de tres años o más. De acuerdo con este inciso quien en el país o en el exterior haya sufrido condena penal -o tuviera antecedentes- por alguno de los delitos mencionados, o por delitos cuya pena mínima en la legislación argentina esté prevista en tres o más años de prisión, encuadraría en la causal impediente reglada en la norma” (fallos 341: 500 considerando 6).

Finalmente, otro punto a considerar en la sustanciación del procedimiento de regularización migratoria es el relativo a los tiempos de tramitación de los actuados. Si bien la normativa habilita el otorgamiento de una residencia precaria hasta por 180 días corridos, es cierto que al tratarse de un plazo renovable hasta la resolución de la admisión solicitada¹³ puede extenderse mucho más y redundar en una demora que impacte negativamente en el desarrollo cotidiano del interesado. En casos así, la posibilidad de instar una respuesta a través de la presentación de solicitudes de pronto despacho o pedidos de información tendientes a conocer los motivos que obstan a la resolución del caso otorgan un marco de certeza a la persona que requiere del acceso a su residencia y desconoce por qué no le es otorgada. Una vez más, cuando las demoras se plantean de modo sostenido en el tiempo han dado lugar a resoluciones administrativas colectivas (N° 585/2011 y 825/2013), en las que, por ejemplo, se ha concluido que:

(...) la demora en la resolución de este tipo de casos (solicitud de residencia migratoria y obtención de D.N.I.) produce una seria afectación en la situación jurídica de la persona migrante que desea residir de modo regular. De este modo, esta Defensoría del Pueblo considera que, lejos de haberse respetado el derecho a un procedimiento que permita una resolución en un plazo breve, la complejidad de los casos expuestos (la que puede calificarse como baja por reunirse en todos los casos los requisitos exigidos por la normativa migratoria para la aprobación del trámite) no amerita la demora de la administración, que esta Defensoría considera excesiva.¹⁴

13 Cfr. art. 20 de la ley N° 25.871,

14 Resolución N° 825/2013.

Es dable mencionar que existen otros procedimientos administrativos migratorios (además del de radicación) que, por la complejidad que reviste su sustanciación, exigen el apoyo de instituciones como la Defensoría del Pueblo. En efecto, las solicitudes de certificaciones migratorias que las personas generan para el acceso a prestaciones sociales (pensiones, jubilaciones, asignaciones familiares, etc.), se gestionan a través de la plataforma de tramitación a distancia (TAD). Esta plataforma requiere del manejo y conocimiento de herramientas informáticas, que la población en situación de vulnerabilidad socio económico, incluido la población migrante de la tercera edad, y niños, niñas y adolescentes, muchas veces carece. De allí la importancia que reviste el acompañamiento que brinda la Defensoría a través de gestiones directas que favorecen el acceso al derecho cuya tutela se persigue.

En este contexto, y de acuerdo al desarrollo efectuado, la Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires posee distintas herramientas¹⁵ que le permiten a la población migrante que solicita su intervención

15 Se desatacan: oficios, resoluciones, informes interdisciplinarios e informes sociales, presentaciones en el ámbito internacional, litigio. También la publicación de informes de incidencia como: “Rechazos en frontera, la aplicación de la categoría pseudo turista en ciudadanos de países del MERCOSUR” (disponible en: <https://www.defensoria.org.ar/wp-content/uploads/2016/12/Rechazos-en-frontera-Informe-octubre-2016-FINAL1.pdf>); “El acceso a una residencia regular en Argentina por el Criterio Razones Humanitarias. El caso de Haití. Aportes de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires” (disponible en: <https://defensoria-desarrollo.defensoria.org.ar/wp-content/uploads/2019/05/informe-diagnostico.pdf>); y “Comunidad senegalesa en Buenos Aires. Diagnóstico para una política pública integral. El trabajo de la Defensoría del Pueblo de la Caba 2018-2020” (disponible en <https://defensoria.org.ar/noticias/nuevo-informe-sobre-la-poblacion-senegalesa-en-la-ciudad-de-buenos-aires/>), entre otros.

contar con un apoyo integral en pos de acceder a sus derechos. Así, como actora de la política migratoria en la ciudad, las acciones principalmente no jurisdiccionales que insta se orientan a fortalecer la capacidad de respuesta del propio Estado respecto de la defensa y protección de los derechos de la población migrante y contribuir, así, a una mejora en su calidad de vida.

IV. Palabras finales

En el escenario de la política migratoria argentina, la Defensoría del Pueblo teje un puente entre la población migrante en situación de vulnerabilidad que requiere de su servicio y las instituciones que ejecutan la política migratoria. En especial, en virtud de la informalidad del procedimiento que la caracteriza, que favorece la posibilidad de instar un reclamo sin el patrocinio de un abogado y tomar contacto con el área especializada de atención a migrantes, que realizará las acciones conducentes a garantizar el derecho afectado.

El ejercicio de la competencia preventiva se materializa así en las gestiones, asesoramiento, envío de oficios administrativos, realización de informes sociales e interdisciplinarios, informes de incidencia, resoluciones e informes técnicos, a fin de acompañar el procedimiento administrativo migratorio y promover el acceso a la residencia y DNI de las personas migrantes. Todo ello requiere de una escucha activa y sensible, que permite poner en práctica el derecho al acceso a la justicia en su faz administrativa y preventiva.

Como corolario de lo expuesto, el acceso a la justicia de la población migrante desde una perspectiva no jurisdiccional se promueve a partir de las acciones de este organismo de la Ciudad de Buenos Aires que interviene en una temática de índole nacional -la política migratoria- en tanto en su trayectoria de trabajo se ha posicionado como un actor local en materia

de protección de los derechos de las personas migrantes. Se trata, así, de acceder a la justicia desde un ámbito práctico, garantizando el acceso a instituciones administrativas como la Defensoría del Pueblo, que acompañen a la persona en los procedimientos administrativos migratorios y, con ello, promuevan el pleno ejercicio de su derecho a migrar.

Bibliografía

Birgin, Haydée; Natalia Gherardi, coords. 2011. Introducción. En: *La garantía de acceso a La justicia: aportes empíricos y conceptuales*. Colec. "género, derecho y justicia", 6: ix- xxix. Consultado: 09 de agosto de 2022. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/28920.pdf>

Carril, Camila. 2018. "Política migratoria argentina. El rol de las Defensorías del Pueblo como instituciones de garantía de derechos humanos". *Revista Derechos en Acción*, 8: 195-233. Consultado: 27 de octubre de 2022: <https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/article/view/6043/4882>

Darcy, Norberto Carlos. 2021. "La Defensoría del Pueblo de la Ciudad: orígenes y evolución de una institución de garantía". Colaboración presentada para el proyecto "Protección de los derechos humanos: historia y actualidad. Diálogo entre Italia y Argentina", organizado conjuntamente por el Ministerio Público de la Defensa de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y la Universidad de Turín, 23 de junio de 2021. Consultado: 09 de agosto 2022. https://www.cjf.gov.ar/src/img_up/23062021.0.pdf

Ferreya, Raúl Gustavo. 1997. *La Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (estudio de la Ley Fundamental porteña)*, Buenos Aires: Depalma.

CAMILA CARRIL

Pierini, Alicia. 2015. “Defensor del pueblo y la reforma constitucional de 1994”. *Pensar en Derecho*, 5 (245), 79-89. Consultado: 09 de agosto 2022. http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en_derecho/revistas/5/defensor-del-pueblo-y-la-reforma-constitucional-de-1994.pdf

Rodríguez Rescia, Víctor, consultor. 2011. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Módulo de acceso a la justicia y derechos humanos en Argentina. San José de Costa Rica: IIDH. Consultado: 09 de agosto de 2022. <https://www.iidh.ed.cr/IIDH/media/1452/modulo-de-acceso-a-la-justicia-y-ddhh-argentina.pdf>

Dinámicas de persecución policial hacia la comunidad senegalesa en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*

Gisele Kleidermacher

Dra. en Ciencias Sociales (UBA). Investigadora adjunta del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET) y del Instituto de Investigaciones Gino Germani (IIGG), Facultad de Ciencias Sociales (UBA). Mail: kleidermacher@gmail.com.

I. Introducción

El presente escrito se propone caracterizar las dinámicas de persecución policial hacia la población de origen senegalés residente en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a partir de entrevistas realizadas a población de dicho origen, observación participante en los barrios de Flores y Balvanera, así como datos estadísticos brindados por informes oficiales producidos por diversos organismos.

En un primer apartado se caracteriza la movilidad de la población senegalesa en distintos momentos históricos para, posteriormente, analizar algunos aspectos vinculados a su presencia en la Argentina que inciden en las interacciones que mantienen con las fuerzas de seguridad; en especial, la documentación y su inserción laboral mayoritaria. Posteriormente, se caracterizan dichas interacciones como violencia institucional racializada y se explicitan situaciones donde suceden estos hechos.

II. La movilidad de la población senegalesa

Antes de comenzar a analizar las interacciones entre residentes de origen senegalés en

* Algunos datos de este trabajo ya han sido publicados en Kleidermacher (2019) y en Abiuso & Kleidermacher (2022).

la Argentina y las fuerzas de seguridad, es necesario comprender las dinámicas de movilidad internacional que presenta esta población y que tiene incidencia, entre otros factores, en su mayoritaria inserción laboral en la venta ambulante y en dificultades documentarias e idiomáticas, entre otros aspectos.

La movilidad intracontinental de la población de origen senegalés ha sido una constante a lo largo de su historia. Tal como ha sido abordado en diversos escritos (Castien Maestro 2018; Kabunda 2007), aún antes de la colonización las poblaciones solían moverse -debido a las sequías que a menudo azotan el norte africano- al interior del continente en busca de mejores tierras para cultivar y agua para beber.

A partir de la Conferencia de Berlín (1884-1885), en que las potencias europeas se repartieron formalmente el territorio africano, Senegal quedó bajo dominio francés. A partir de entonces, fueron frecuentes los movimientos poblacionales, pero por razones distintas a las explicadas en el párrafo anterior: principalmente se llevaron a cabo producto de los traslados forzados para el cultivo de tierras para productos de exportación y, ya entrado el siglo XX, por los reclutamientos para formar parte de las tropas que lucharon en el ejército francés en las guerras mundiales (Castien Maestro 2016; González-Ferrer & Kraus 2012).

Los movimientos poblacionales hacia las metrópolis europeas continuaron y aumentaron tras la independencia senegalesa, ocurrida en 1960. El país africano, empobrecido producto de la colonización y sin posibilidades de absorber los crecientes flujos de hombres y mujeres que abandonaban los campos para arribar a las ciudades en rápido y desordenado crecimiento, funcionaba como un trampolín para migrar hacia Europa. En aquel momento eran muy rentables las remesas enviadas a las familias que quedaban en

Senegal y muy llamativos los estilos de vida occidentales que se mostraban en las fotos y cartas enviadas, basados en el acceso al consumo de automóviles y electrodomésticos, más restringido en el entonces país africano (Beauchemin et al. 2014; Riccio & Degli Uberti 2013).

Con la llegada de la década del '90, comenzó en el país la aplicación de planes de ajuste estructural del FMI, con las clásicas medidas de privatización, liberalización, apertura de mercados y eliminación de aranceles, que generaron el abandono de campos y sobre todo -especialmente a medida que se fue perdiendo la soberanía de las aguas (Moreno Maestro & Aris Escarcena 2013)¹- de la pesca².

En esa época comenzó a extenderse entre los jóvenes el deseo de migrar hacia el extranjero, ya como parte de la diversificación de la economía familiar a partir del envío periódico de remesas, así como también como un paso hacia la adultez, aspecto que ha sido mencionado por muchos de los entrevistados a lo largo de las investigaciones realizadas. A partir de los obstáculos impuestos por la conformación de los tratados de Schengen³ y la puesta en marcha de Frontex⁴, entre otros factores, se generaron movilizaciones hacia nuevos destinos, entre ellos Brasil y Argentina (Maffia 2010).

1 <https://elpais.com/planeta-futuro/2020-11-05/lo-que-hay-detras-de-las-migraciones-de-senegaleses-acuerdos-economicos-agricultura-pesca-e-inmigrantes.html>

2 De hecho, hay una coincidencia directa entre el comienzo de la aplicación de los planes de ajuste estructural del FMI en Senegal y el inicio de las migraciones a Canarias en 1994.

3 Tratado internacional por el que varios países de Europa suprimieron los controles en las fronteras interiores y trasladaron esos controles a las fronteras exteriores.

4 Sistema de gestión y control fronterizo dedicado al área europea sujeta al Acuerdo de Schengen.

III. Obstáculos documentarios en la Argentina

Los primeros arribos de senegaleses al país se produjeron durante la segunda parte de la década de los '90, en un contexto de convertibilidad cambiaria (donde un peso equivalía a un dólar, siendo muy rentable el envío de remesas) y donde existía representación diplomática entre ambos países, siendo relativamente sencilla la solicitud de un visado de ingreso. Pero esta situación se modificó rápidamente tras la crisis social, económica y política desatada en diciembre de 2001. Además de la pérdida de la convertibilidad, la necesidad de reducir costos para el Estado incluyó el cierre de muchas de sus sedes diplomáticas en el continente africano, entre ellas, la senegalesa. A partir de ese momento los futuros migrantes senegaleses deben recorrer un largo y peligroso camino para llegar hasta Nigeria, la sede diplomática más cercana a su país, y allí solicitar el visado de ingreso a la Argentina. Por eso muchos deciden (en base a sus posibilidades e información disponible) realizar el viaje hasta Brasil, país que cuenta con embajada en Dakar, capital de Senegal, y desde allí continuar el viaje hacia la Argentina por tierra, cruzando en diversas oportunidades por pasos fronterizos que no se encuentran habilitados para tal fin (Zubrzycki 2017).

La entrada irregular al territorio argentino implica una falta administrativa que luego dificulta su regularización migratoria debido a la falta del sellado de ingreso al país. De todos modos, la legislación migratoria tampoco facilita la obtención de su documentación.

En este sentido, cabe detenerse unos instantes para comprender la situación documentaria, que ya fuera expuesta más extensamente en trabajos anteriores (Tedesco et al. 2019; Zubrzycki 2017). La ley migratoria argentina N° 25.871 fue sancionada en el año 2004 y reglamentada en el año 2008. La

misma, inspirada en los derechos humanos, plantea criterios para que las personas logren regularizar su condición migratoria. Entre ellos pueden mencionarse que ingresen al país como trabajador migrante, rentista, pensionado, inversionista, entre muchas otras subcategorías que no aplican a la realidad y no se corresponden con las características de las personas de origen senegalés que migran hacia la Argentina⁵.

Debido a las dificultades mencionadas, y producto de la información que circula por las redes comunitarias, muchos senegaleses han optado por solicitar refugio ante la CONARE (Comisión Nacional para los Refugiados). Esta condición es normalmente denegada debido a la inexistencia de conflictos en el país que pongan en riesgo la vida de los solicitantes, requisito para obtener dicho estatus. Ello puede observarse en la siguiente tabla:

Tabla 1: Solicitudes de trámites de refugio de población de origen senegalés ante la CONARE. Años 2010-2020

Año	Presentadas	Reconocidas	Denegadas
2010	62	6	68
2011	89	2	80
2012	707	2	65
2013	78	0	13
2014	100	0	97
2015	419	0	280
2016	871	0	526
2017	395	0	363
2018	229	1	235
2019	99	1	175
2020	17	0	53
TOTAL	3066	12	1955

⁵ Para más detalle sobre esta temática, puede consultarse Kleidermacher (2011).

Fuente: Producción propia en base a datos otorgados por la CONARE. Año 2022.

Por ese motivo, en tres oportunidades el gobierno argentino realizó “amnistías” o planes especiales para regularizar a dicha población, por períodos acotados de tiempo, donde se condona la entrada al país sin el sello correspondiente y se eximen ciertos requisitos. La primera, ocurrida en el año 2004, se trató de un programa de regularización para ciudadanos “extra Mercosur” mediante el decreto 1169/2004, el cual dispuso un período de 6 meses para que pudieran solicitar la residencia acreditando ausencia de antecedentes penales, prueba de residencia de hecho, pago de la tasa migratoria e inscripción ante la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP) en calidad de monotributistas.

El segundo programa, denominado “Régimen especial de regularización de extranjeros de nacionalidad senegalesa”⁶, fue puesto en práctica en enero de 2013 mediante la Disposición de la Dirección Nacional de Migraciones N° 002/2013. Este proceso también se encontraba asociado a la inscripción en AFIP y pago de monotributo, por lo cual no todas las peticiones lograron concretarse, debido a

dificultades en el pago, pero también por el corto período en que estuvo vigente (tan solo tres meses).

Casi diez años después, el 24 de mayo del año 2022 fue anunciado un nuevo Régimen especial de regularización migratoria para Comunidades del Caribe (CARICOM) y de Senegal, este último bajo la disposición 940/2022. La misma también estuvo vigente por el término de tres meses desde la fecha de su publicación en el Boletín Oficial⁷, otorgando una residencia temporaria por el plazo de tres años. Cabe mencionar que la propia disposición, además de solicitar certificado de antecedentes penales y constancia de residencia en el país, entre otros requisitos, exige renunciar al pedido de solicitud de refugio iniciado anteriormente ante la CONARE, que, tal como fue mencionado, es frecuente entre los senegaleses debido a las dificultades para obtener la residencia.

La efectividad de estos programas puede observarse en la tabla N°2 donde se presentan los trámites de radicación temporarios que fueron resueltos por la Dirección Nacional de Migraciones, presentados bajo el régimen del año 2013.

Tabla 2: Trámites de radicación temporarios resueltos por Régimen especial de regularización para población originaria de Senegal. Años 2013-2020

Año	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020	Total
Total	1558	1468	1155	43	18	10	5	1	4258

Fuente: Elaboración propia en base a datos otorgados por la Dirección Nacional de Migraciones.

⁶ También en aquel momento y mediante la disposición N° 001/2013 se hizo lo propio para personas originarias de República Dominicana.

⁷ Es decir: desde el 24 de mayo de 2022 hasta el 24 de agosto de 2022.

Desafortunadamente, es necesaria la puesta en marcha de regímenes especiales de regularización, ya que la propia Ley Nacional de Migraciones no contempla la situación de la población de origen senegalesa, especialmente en lo que refiere a la condición laboral. Ello se debe a que la mayor parte de los residentes senegaleses en la Argentina se insertan laboralmente en la venta ambulante, mientras que la Dirección Nacional de Migraciones sólo reconoce la figura de trabajo formal y registrado, debiendo el empleador estar inscrito en el RENURE (Registro Nacional Único de Requirentes de Extranjeros).

Sin embargo, es necesario aclarar que la categoría “trabajador migratorio por cuenta propia” está definida por la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (ratificada por Argentina en 2007) como aquellas personas que realizan una actividad remunerada sin tener un contrato de trabajo y obtienen su subsistencia mediante esta actividad. Sin embargo, ello no es tenido en cuenta para ciudadanos extra Mercosur, con la sola excepción de los programas especiales de regularización (Kleidermacher 2022).

Es justamente la dificultad para regularizarse lo que deja a una gran proporción de la población de origen senegalesa en la Argentina en condición de vulnerabilidad debido a la falta de documentación. Así quedan expuestos, como veremos, a situaciones de violencia institucional y restricción de derechos.

IV. La persecución policial y violencia institucional. Algunas categorías

Al pensar en las interacciones que se producen entre la población de origen senegalés residente en la Argentina y las fuerzas de seguridad, el concepto de violencia institucional parece el más adecuado para dar cuenta de dicha situación. En ese sentido, se hace neces-

sario retomar a María Victoria Pita, antropóloga y referente en la temática, quien plantea que “violencia institucional” es un concepto académico pero también político, fruto de un largo trabajo de investigación pero también del activismo que dio cuenta de “la existencia de prácticas policiales habituales, rutinarias, muchas de ellas no espectaculares ni extraordinarias, legales y a la vez arbitrarias, violentas y violatorias de derechos” y que permitió demostrar que “esas violencias aparecían completamente articuladas, y también legitimadas, en las formas de hacer de las instituciones del sistema penal” (Pita 2017, 37).

A su vez, agregan Perelman y Tufro (2017), actualmente se consideran hechos de violencia institucional diversas situaciones en las que la participación de agentes del Estado es indirecta, muchas veces basada en un “no hacer”. Es decir, se considera que el Estado es también quien debe dar respuesta en términos de prevención, detección, y castigo de los fenómenos de violencia institucional.

No es el propósito de este artículo realizar un análisis conceptual del término, pero sí dejar en claro la perspectiva desde la cual analizaremos los casos que se presentarán a continuación. Entendemos que las diferentes prácticas de las que son objeto los residentes senegaleses en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires se enmarcan en el concepto de violencia institucional, pero bajo características particulares vinculadas a la racialización de sus rasgos fenotípicos y su origen nacional.

Ha sido mencionado en reiteradas entrevistas que las detenciones policiales de las que son objeto los migrantes senegaleses suelen estar acompañadas de una inusitada violencia. Esto se entiende a partir de que las fuerzas de seguridad, a partir de un uso de estereotipos que caracteriza a los cuerpos senegaleses como portadores de mayor fuerza y, por ende, de mayor peligrosidad, hacen un uso mayor de la violencia para controlarlos.

Este tema ha sido inicialmente analizado en el trabajo de Morales y Kleidermacher (2015), donde se abordó la exotización e hipersexualización de los cuerpos de los migrantes de origen senegalés y ha sido retomado posteriormente en su tesis de maestría por Pérez Rabasa (2019). Allí se examina cómo la violencia institucional de la que son objeto los senegaleses tiene base en su origen nacional, en su posición de clase y en su condición racial, tres rasgos centrales en el proceso criminalizador.

Entendemos que las interacciones que serán analizadas pueden ser enmarcadas en procesos de violencia institucional racializada hacia el colectivo de origen senegalés que reside en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires por parte de las fuerzas policiales como parte de la política de la ciudad de mantener un orden espacial a partir de la criminalización de presencias no deseadas. Política coincidente, en este caso, con una población con rasgos fenotípicos puntuales y una nacionalidad sobre las que se han construido representaciones estereotípicas.

V. Venta ambulante: Una actividad tradicional(mente) perseguida

La población de origen senegalés residente en la Ciudad de Buenos Aires suele insertarse mayoritariamente en la venta ambulante, tal como ya ha sido analizado en trabajos anteriores (Kleidermacher 2013; Zubrzycki 2013; entre otros). Para explicar este hecho, pueden rastrearse diversos factores, entre los que se encuentran sus trayectorias laborales previas en Senegal, país que cuenta con una amplia economía informal y donde muchos ya se insertaban en el comercio, ya sea ambulante o fijo⁸. Asimismo, se trata de una actividad muy

extendida entre la comunidad transnacional senegalesa presente en diversos países, especialmente en Italia, España y Francia (Riccio & Degli Uberti 2013; Tonnelat 2007). Otros motivos que pueden explicar esta mayoritaria inserción se vinculan a la falta de un capital suficiente para invertir en emprendimientos de mayor envergadura, mientras que la venta ambulante requiere un pequeño capital inicial que suele ser prestado por compatriotas a través de las redes comunitarias.

Estas redes (tanto nacionales como religiosas/cofráticas) juegan un rol fundamental, brindando información sobre la actividad, los lugares donde comprar y donde poder instalar mercadería, así como el vocabulario inicial para poder vender. Es importante mencionar que gran parte de los migrantes de origen senegalés que llegan a la Argentina no cuentan con conocimientos del idioma español, que resulta ser un impedimento importante para la inserción laboral en otro tipo de trabajos⁹.

La intersección entre religión y trabajo encuentra varios puntos: la mayor parte de los migrantes senegaleses que han salido de su país y se dedican al comercio suele pertenecer a la etnia wolof y adscribir a la cofradía islámica Mouridya (Gázquez 2021). En ella circula la información para insertarse en esta actividad, así como los recursos necesarios para hacerlo.

La formación en dicha hermandad islámica implica en muchos casos la escolarización en escuelas coránicas al mando de un *marabout* o maestro, quien enseña a recitar el Corán y los versos y poemas del fundador de la cofradía, Cheick Amadou Bamba. Los niños, especialmente quienes provienen de áreas rurales, transcurren su infancia en las

8 Este hecho no debe generalizarse a la comunidad senegalesa en Argentina. En Kleidermacher (2022) se ha abordado este tema con mayor profundidad.

9 El idioma oficial de Senegal es el francés, mientras que la mayor parte de la población del país habla el wolof, además de otras lenguas correspondientes a etnias minoritarias del país.

daaras, sin asistir a la escolarización formal, donde se enseña francés (Gázquez 2021). Tal como ha sido analizado en otros trabajos, la falta de alfabetización en dicho idioma dificulta luego el aprendizaje del español (Kleidermacher & Murguía-Cruz 2021).

A los obstáculos idiomáticos debe adicionarse la falta de estudios formales en niveles superiores y, en caso de tenerlos, las dificultades en la Argentina para lograr revalidar los títulos (del Águila 2017). Otra limitación para acceder a otros trabajos es la falta de documentación para ser contratados, tal como fue mencionado en el primer apartado.

Son estos factores, entre otros, los que explican su mayoritaria inserción laboral en la venta ambulante en las principales avenidas y zonas comerciales de la ciudad y, también, lo que los deja más expuestos a sufrir la violencia institucional.

En relación a la venta ambulante en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, está sancionada por la Ley N° 1472/04, que establece el carácter contravencional de las “actividades lucrativas no autorizadas en el espacio público” (arts. 83 y 84), y por la Ley N° 451/00, que instituye como “falta” a la “venta en la vía pública sin autorización”, fijando multas y el decomiso de la mercadería. El procedimiento formal contemplado es el labrado de actas por parte de la policía, que luego se derivan a la Justicia Contravencional (Pita 2017b).

Sin embargo, se produjeron modificaciones en el mismo código, donde fue retirada la salvedad de “mera subsistencia” para la venta, habilitando la expulsión de los trabajadores de la vía pública que se desempeñasen fuera de las ferias autorizadas. De este modo, tal como plantea Canelo, “los instituyó en invasores que transgreden la anterior tolerancia a su posesión precaria del espacio público” (2019, 127). Asimismo, la autora observa un cambio paulatino en la modalidad de control estatal de la venta callejera, por el cual

el labrado de contravenciones y las presiones para “acordar” evitarlas fueron perdiendo peso frente a la elaboración de causas por “resistencia”/“atentado a la autoridad” tras procedimientos violentos y en ocasiones irregulares, tema que será analizado en profundidad en el próximo apartado en relación a la población de origen senegalés puntualmente.

VI. Relaciones entre policía y población senegalesa

La población de origen senegalés ofrecía originalmente su mercadería en maletines negros, ingresando a bares y restaurantes de la zona céntrica de la CABA. Posteriormente, fueron estableciendo mesas o bien mantas (de allí el término “mantero”) para mostrar una mayor variedad de productos, desde bijouterie y relojes hasta ropa deportiva, calzado y carteras. Los barrios donde solían asentarse coincidían con las grandes terminales de trenes y buses, es decir, Liniers, Constitución, Balvanera y Flores y Retiro, donde hay una gran circulación de personas. Sin embargo, en muchos de estos lugares han sufrido continuos desalojos y han debido, en ocasiones, mudarse a localidades del conurbano bonaerense para evitar estos inconvenientes.

Tal como fue mencionado en el apartado anterior, la venta ambulante fue sufriendo diversos tratamientos por parte del Gobierno de la Ciudad y de las fuerzas de seguridad. En una investigación centrada en el barrio de Flores, especialmente en la Avenida Avelleda y sus calles transversales (gran centro a cielo abierto de comercio mayorista y minorista de indumentaria) se describe cómo por presión de los comerciantes de la zona, agrupados y representados en la Cámara Argentina de Comercio, se fue modificando la situación de los vendedores senegaleses. En un comienzo, debían pagar coimas a los inspectores y comisarías de la zona para que les

fuera permitido vender; posteriormente, se produjeron grandes procedimientos, algunos muy violentos, donde se prohibieron totalmente los vendedores ambulantes, cualquiera fuera su nacionalidad, mediante la instalación permanente de camiones hidrantes y patrulleros (Kleidermacher 2019).

La situación se fue flexibilizando con el paso del tiempo. Se volvieron a instalar vendedores ambulantes en las veredas del barrio pero, sin la persecución continuó, estableciéndose una dinámica denominada “el juego del gato y el ratón” (Kleidermacher 2019, 112) donde ambos actores se encuentran presentes en las calles, por momentos la venta se “tolera” y, en cuanto un operativo comienza, rápidamente los productos son levantados, los vendedores se avisan y corren a “refugiarse” para evitar que su mercadería y sus pertenencias sean decomisadas y ellos detenidos.

Cabe mencionar que tanto en el citado barrio de Flores (especialmente en el centro comercial en torno a la avenida Avellaneda) como en el centro comercial de Balvanera (coloquialmente conocido como “Once” debido a la estación de tren Once de Septiembre), los operativos se han tornado más violentos con el paso del tiempo y se han encontrado nuevas formas legales bajo las cuales justificar los decomisos de mercadería e incluso las detenciones.

Las principales figuras utilizadas son las de “atentado y resistencia a la autoridad” y la “ley de marcas”. En relación a la primera, Zayat y Fernández Oteiza (2019) sostienen que muchas veces los vendedores suelen ser provocados por agentes de civil, quienes les quitan la mercadería sin previo aviso o realizan agresiones verbales para generar una reacción de su parte., De ese modo, inician una causa por “resistencia a la autoridad”, que implica la detención en la comisaría.

Con respecto a la Ley de Marcas, la venta ambulante implica un delito de competencia

federal que busca proteger el interés del propietario marcario y del consumidor para no ser engañado en lo que compra. Como indican Zayat y Fernández Oteiza (2019), en su gran mayoría las causas por marcas son archivadas por la justicia federal en el entendimiento de que quien compra mercadería en la vía pública a precio bajo sabe que no es genuina y, por ello, no se está engañando al consumidor ni se le genera una lesión al propietario marcario. Así, las dos causas por las cuales suelen ser detenidos en realidad no son suficientes para comprender el alto número de detenciones que sufre este grupo (Zayat & Fernández Oteiza 2019).

En un trabajo recientemente publicado (Abiuso & Kleidermacher 2022) se han sistematizado las detenciones policiales a población de origen senegalés en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en base a relevamientos cuantitativos generados por el Ministerio Público de la Defensa de CABA, la Subsecretaría de Seguridad Comunal e Investigación Criminal y la Defensoría General de la Nación. En dicho escrito puede observarse el alto número de detenciones a la comunidad senegalesa en particular, así como la intervención mayoritaria de la Policía de la Ciudad en dichas detenciones y su concentración en las Comunas 3 y 7 de CABA, coincidentemente zonas comerciales. Allí se puede advertir, también, que los principales delitos imputados al colectivo migratorio de referencia, de acuerdo a los informes consultados, son los de infracción a la Ley de Marcas y resistencia a la autoridad¹⁰.

Cabe destacar que, además de las detenciones ocurridas mientras realizan la actividad de

10 “La distinción por nacionalidad resulta fundamental para visibilizar la violencia sufrida por la comunidad senegalesa, que habitualmente se encuentra en el espacio público desarrollando actividades de la economía popular” (Ministerio Público de la Defensa CABA 2020: 4).

la venta ambulante, se han denunciado detenciones ocurridas mientras personas de origen senegalés circulaban por la calle, además de allanamientos violentos en hoteles pensión en el marco de una causa mayor que lleva la fiscal Celsa Ramírez¹¹. Estos hechos han sido denunciados por diversos organismos, entre ellos el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS)¹² y el Grupo de Trabajo de Expertos de la Naciones Unidas sobre Afrodescendientes que visitó la Argentina en marzo del 2019.

VII. Palabras finales

El presente escrito se propuso reflexionar en torno a las relaciones que se producen entre la población de origen senegalés en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y las fuerzas de seguridad. Para ello se han recuperado aspectos históricos y culturales de dicha migración, que permiten comprender en mayor profundidad su movilidad en el espacio, las dificultades documentarias, así como su mayoritaria inserción en la venta ambulante, todos ellos aspectos que los tornan vulnerables frente a las fuerzas de seguridad.

11 Esta causa ha sido destacada en diversos medios de comunicación en los que se justifican allanamientos violentos y robo de mercadería y bienes personales: Lara, Rodolfo. 28 de agosto de 2020. "Investigarán por tráfico de personas a la red que hay detrás de los "manteros" senegaleses". Clarín. https://www.clarin.com/sociedad/investigaran-trafico-personas-red-detras-manteros-senegaleses_0_v7PUibYE.html
Sánchez, Nora (17 de septiembre de 2019). "Cómo opera la organización que explota a senegaleses que venden baratijas en la Ciudad". Clarín. https://www.clarin.com/ciudades/opera-organizacion-explota-senegaleses-venden-baratijas-ciudad_0_fMQuhbd.html
Carabajal, Gustavo (12 de febrero de 2019). "Traían senegaleses a la Argentina para explotarlos como manteros". La Nación. <https://www.lanacion.com.ar/seguridad/traian-senegaleses-argentina-explotarlos-como-manteros-nid2219668/>

12 <https://www.cels.org.ar/web/2018/04/persecucion-contra-vendedores-senegaleses/>

Resta analizar diversos aspectos de la formación e idiosincrasia de dichas fuerzas que inciden en la producción de las relaciones e interacciones, aspecto que excede el espacio del presente pero que permitiría recuperar la otra visión sobre esta relación compleja y por momentos conflictiva, mediada por una violencia institucional racializada.

Tal como ya fuera consignado en Abiuso y Kleidermacher (2022, 32), entendemos que la violencia institucional que pesa sobre el colectivo senegalés en la CABA se ve permeada por el aspecto físico y la nacionalidad, donde los cuerpos son estigmatizados, atribuyéndoles una mayor tolerancia a la violencia. Se busca además mostrar en un acto ejemplificador cómo las calles son "limpiadas" de aquellos elementos (personas de determinados orígenes y clases sociales) que no "pertenecen" a ese lugar. Pero, también, como una forma de criminalizar su presencia, atribuyendo conductas tipificadas como ilegales a un colectivo particular de forma sistemática.

Para finalizar, resulta importante mencionar que los vendedores ambulantes de origen senegalés no han sostenido una actitud pasiva ante la violencia de la que son objeto. Por el contrario, se han nucleado en diversas organizaciones, algunas de ellas de connacionales y otras más amplias como VAIO (Vendedores Ambulantes Independientes de Once), VAO (Vendedores Ambulantes Organizados) y la rama de Trabajadores y Trabajadoras en Espacios Públicos perteneciente a la UTEP (Unión de Trabajadores y Trabajadoras de la Economía Popular), entre muchas otras. Esa participación ha sido el medio a través del cual obtuvieron apoyo para, por ejemplo, aprender español, tener acompañamiento legal y recibir asistencia económica durante las restricciones impuestas por la pandemia de COVID-19¹³, y permite, a su vez, observar las

13 Ver Kleidermacher & Murguía-Cruz, 2021.

diversas estrategias que adopta el colectivo para sortear los obstáculos que les imponen para trabajar y residir en el país.

Referencias bibliográficas

Abiuso, Federico & Kleidermacher, Gisele. 2022. "Sistematización de detenciones policiales a población senegalesa en la ciudad de Buenos Aires, desde una perspectiva espacial". *URVIO, Revista Latinoamericana de Estudios de Seguridad*, 33, 20–36.

Beauchemin, Cris, Sakho, Pape, Schoumaker, Bruno & Flahaux, Marie-Laurence. 2014. "New patterns of migration between Senegal and Europe". *MAFE Working Paper*.

Castien Maestro, Juan Ignacio. 2016. "Islam e Identidad en el Senegal Contemporáneo". *Papeles Del CEIC*, 2, 1–27. <https://doi.org/10.1017/CBO9781107415324.004>

Castien Maestro, Juan Ignacio. 2018. *Panorámica histórica y etnográfica del Sahel. Documentos de Seguridad y Defensa N°78*. Ministerio de Defensa.

del Águila, Álvaro. 2017. *Estudio exploratorio sobre las trayectorias socio-educativas y socio-laborales de migrantes haitianos, senegaleses y ucranianos*. OIM Argentina, 104.

Gázquez, José Luis. 2021. *Islam y migración en Senegal: el espacio transnacional mouride*. Universidad Nacional Autónoma de México.

González-Ferrer, Amparo & Kraus, Elisabeth. 2012. "Migrantes Senegaleses en Francia, Italia y España. Primeros resultados de la encuesta MAFE-Senegal en Europa". *Real Instituto Elcano, October 2014*, 1–12. http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano_es/contenido?WCM_GLOBAL

CONTEXT=/elcano/elcano_es/zonas_es/demografia+y+poblacion/ari8-2012.

Kabunda, Mbuyi. 2007. "Las migraciones africanas: más horizontales que verticales". *Revista Pueblos*, 1–4.

Kleidermacher, Gisele. 2013. "Entre cofradías y venta ambulante: una caracterización de la inmigración senegalesa en Buenos Aires". *Cuadernos de Antropología Social*, 109–130. http://www.scielo.org.ar/scielo.php?pid=S1850-275X2013000200005&script=sci_arttext

Kleidermacher, Gisele. 2017. "Movilidad e inserción de inmigrantes senegaleses recientes en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires". *RIEM. Revista Internacional de Estudios Migratorios*, 5(1), 251–267. <https://doi.org/10.25115/riem.v5i1.407>

Kleidermacher, Gisele. 2019. "Comparando y disputando veredas en "Avellaneda". El caso del colectivo senegalés y la (de)construcción de relaciones interculturales en el espacio público". En: F. Fischman (Ed.), *Migraciones, movilidades e interculturalidad: nuevos espacios de (des)encuentro en la Ciudad de Buenos Aires*. Teseo, 85–126.

Kleidermacher, Gisele. 2022. "Una contribución al estudio de la población de origen senegalés residente en la Argentina a partir de un relevamiento cuantitativo". *Población & Sociedad*, 29(1), 168–198. <https://doi.org/10.19137/pys-2022-290109>.

Kleidermacher, Gisele & Murguía-Cruz, Nélica. 2021. "Senegaleses en Buenos Aires: Estrategias comunitarias pre y durante pandemia". *Huellas de La Migración*, 6(11), 43. <https://doi.org/10.36677/hmigracion.v6i11.16018>

Maffia, Marta. 2010. "Una contribución al estudio de la nueva inmigración africana subsahariana en la Argentina". *Cuadernos de Antropología Social*, 31, 07–32. <http://www.scielo.org.ar/scielo.php?pid=S1850-275X2010000100001&script=sciarttext&tlng=en>

Marcela Perelman, Marcela y Tufro, Manuel. 2017. "Violencia institucional. Tensiones actuales de una categoría política central". *Ciencias Sociales* N° 92, Primera Versión, 19. <https://www.cels.org.ar/web/wp-content/uploads/2016/11/Violencia-institucional-Perelman-Tufro.pdf>

Morales, Orlando Gabriel & Kleidermacher, Gisele (2015). "Etnográfica exotismo y exotización". *Etnográfica*, 19(1), 29–50.

Moreno Maestro, Susana & Aris Escarceña, Juan Pablo. 2013. "La pesca en Senegal entre el mercado global y la subsistencia comunitaria". *Revista Andaluza de Antropología*, 4, 103–121. <https://doi.org/10.12795/raa.2013.i04.06>

Pérez Rabasa, Jeremías. (2019). "Discriminación interseccional y criminalización de senegaleses en la Ciudad de Buenos Aires (2016-2019)" [Universidad de Lanús]. *Tesis de Maestría en Derechos Humanos*. <https://doi.org/10.1109/MTAS.2004.1371634>

Pita, María Victoria. 2017a. "Pensar la Violencia Institucional: vox populi y categoría política local". *Espacios de Crítica y Producción*, 53, 33–42.

Pita, María Victoria. 2017b. "Poder de policía y administración de grupos sociales. El caso de los vendedores ambulantes senegaleses en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires". En: M. V. Pita & M. I. Pacecca (Eds.),

Territorios de control policial. Gestión de ilegalismos en la Ciudad de Buenos Aires. Editorial de Facultad de Filosofía y Letras Universidad de Buenos Aires.

Riccio, Bruno, & Degli Uberti, Stefano. 2013. "Senegalese migrants in Italy: Beyond the assimilation/transnationalism divide". *Urban Anthropology*, 42(3–4), 207–254.

Tedesco, Joao Carlos, Kleidermacher, Gisele & Noschang, Patricia. 2019. "Un análisis de los cambios en las legislaciones migratorias en Brasil y Argentina: implicaciones para la población de origen senegalés". *Revista Brasileira de História & Ciências Sociais- RBHCS*, 11(22), 302–330.

Tonnelat, Stéphane. 2007. "Keeping space public: Times Square (New York) and the Senegalese peddlers". *Cybergeo: European Journal of Geography*, 367.

Zayat, Demian & Fernández Oteiza, Martín. 2019. "Erradicar al negro: la persecución racial de la venta ambulante en la Ciudad de Buenos Aires". *Revista Spoiler*.

Zubrzycki, Bernarda. 2013. "Senegaleses en Argentina: redes, trayectorias y asociaciones". *Diversidades. Asia y África En Perspectiva Desde América Del Sur*, 1(2), 121–138.

Zubrzycki, Bernarda. 2017. "Migración senegalesa, irregularidad y gobernabilidad migratoria en la Argentina". En: Joao Carlos Tedesco & G. Kleidermacher (Eds.), *A imigracao senegalesa no Brasil e na Argentina: múltiplos olhares* (101–116). EST Edições.

Argentina responsable por la muerte del activista afrodescendiente José Delfín Acosta Martínez. Un caso paradigmático de violencia institucional racista*

Patricia Gomes

Afroargentina. Activista afrofeminista y antirracista. Abogada y Docente (UBA). Integrante de la Sociedad Caboverdeana y del Área de Género de la Comisión 8 de Noviembre “Día Nacional de lxs Afroargentinxs y la Cultura Afro”. Miembrx fundadora de la Organización Afrodescendiente para la Formación y el Asesoramiento Jurídico (OAFRO). Se desempeñó como asesora de la Secretaría de Políticas de Igualdad y Diversidad del Ministerio de las Mujeres, Géneros y Diversidad.

I. Introducción

El presente trabajo tendrá como objetivo realizar un análisis del histórico fallo emitido por la Corte IDH en el caso *Acosta Martínez* y otros, en el que por primera vez en la historia el Estado argentino asume la responsabilidad, en una jurisdicción internacional, por la detención y muerte de una persona afrodescendiente motivada por el uso de perfiles raciales por parte de las fuerzas de seguridad.

José Delfín Acosta Martínez tenía 32 años de edad cuando fue detenido arbitrariamente por agentes de la Policía Federal. Unas horas más tarde fue sacado inconsciente de la Comisaría N° 5 de la Ciudad de Buenos Aires. Falleció de camino al Hospital Ramos Mejía.

Acosta Martínez era afrodescendiente, oriundo de la República Oriental del Uruguay, y un reconocido activista antirracista y en favor de los derechos de las personas afrodescendientes y africanas del país.

Esta sentencia, que vino a reconocer una problemática históricamente negada en la Argentina como es el racismo estructural y la violencia institucional que padecen las comunidades afrodescendientes y africanas, significó un importante avance en la lucha de estas

* Este artículo fue publicado previamente en Revista Debates sobre Derechos Humanos. Número 5. Año 2021.

comunidades en la búsqueda de justicia por la muerte del que fue bautizado como “el mártir negro del Río de la Plata”.

II. Antecedentes del caso

El 5 de abril de 1996, José Delfín Acosta Martínez fue detenido por agentes de la Policía Federal Argentina a la salida del local bailable “Maluco Beleza”, ubicado en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, cuando intervino en defensa de dos hermanos afrobrasileños que estaban siendo interceptados por este cuerpo de seguridad. Tanto Acosta Martínez como los hermanos Gonçalves da Luz fueron trasladados en diferentes patrulleros a la Comisaría N° 5 de la misma ciudad.

Según la versión de los agentes policiales, se presentaron en el lugar de la detención debido a una denuncia anónima de que en esa zona se encontraba una persona ebria y armada que estaba generando disturbios; en sus registros consta que José Delfín fue detenido en aplicación del edicto de ebriedad (Decreto-ley N° 17189/56). A pesar de haber en el lugar muchas otras personas, los efectivos policiales decidieron interceptar a los hombres afrodescendientes y llevarlos detenidos, aunque comprobaron que no estaban armados y no tenían pedidos de captura.

En la comisaría, José Delfín fue separado de los otros dos hombres y llevado a otro sector. Según la versión policial, se encontraba alterado y bajo los efectos de drogas y alcohol, produciéndose autolesiones que desencadenaron una convulsión y un golpe que lo dejó inconsciente. Luego llegó la ambulancia y se produjo su deceso de camino al hospital.

Los familiares de Acosta Martínez sostuvieron que la versión de los hechos sostenida por la Policía era falsa y que falleció producto de los golpes perpetrados por los efectivos. Iniciado el proceso penal por la muerte de José Delfín, en el que su madre fue admiti-

da como querellante, se practicó una autopsia cuyo informe concluyó que “la muerte de José Delfín Acosta se debió a intoxicación aguda debida a cocaína y alcohol etílico”¹ y que los golpes que presentaba en su cuerpo no podían haber causado por sí mismos la muerte. Apenas 20 días después de la muerte de José Delfín, el juez de instrucción archivó la causa considerando la inexistencia de delito.

Los familiares decidieron repatriar el cuerpo de José Delfín a Uruguay donde consiguieron que se iniciara otra causa y practicar una nueva autopsia. En el fallo de la Corte IDH se cita el nuevo informe forense:

(...) con respecto a la causa de muerte no se puede determinar por esta segunda necropsia [ya que] por el tiempo transcurrido y la ausencia de órganos no se pudo corroborar el estudio toxicológico”. Al analizar el examen toxicológico argentino, la Junta determinó que “las cifras de dosificación de alcohol y cocaína en sangre que constan en autos, son lo suficientemente altas como para poder estimar que al momento de la muerte eran mucho más altas” y que los resultados arrojados implicarían que Acosta Martínez “en el momento de la detención se encontraba en estado coma”²

Con este informe, los familiares solicitaron la reapertura de la instrucción en Argentina, que fue dispuesta el 12 de mayo de 1998. Se ordenó un nuevo informe forense, que se limitó a señalar que “de la lectura de las dos autopsias [se puede señalar] que los traumatismos allí detallados son el resultado del golpe o choque contra objeto duro, no siendo posible desde el punto de vista médico legal ampliar

1 Corte IDH, *Caso Acosta Martínez y otros vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2020, párr. 55.

2 *Ibidem*, párr. 56.

esta contestación³. Respecto de las lesiones, el perito de parte determinó que “ninguna de las lesiones descriptas, tanto las lumbares como las craneanas, tienen entidad de ser producidas por autolesionismo o convulsiones”⁴.

Este informe fue impugnado por la querrela, que solicitó una nueva junta médica y que se profundizara la investigación. El 5 de agosto de 1999, el juez de instrucción archivó nuevamente la causa por inexistencia de delito, reiterando que José Delfín murió producto de su ingesta de drogas y alcohol, junto con las lesiones autoimpuestas. La querrela apeló el archivo, pero la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional confirmó la decisión del juez. El recurso de casación fue rechazado y el recurso de queja tuvo idéntico resultado. El recurso extraordinario fue declarado inadmisibile, por lo que la querrela interpuso recurso de queja ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que fue desestimado.

El 6 de junio de 2002 se presentó la petición ante la CIDH. Desde un primer momento, el Estado alegó que la petición resultaba inadmisibile por cuanto los hechos denunciados no comportaban violaciones a la CADH y que los/as peticionarios/as pretendían que la Comisión actuara como una cuarta instancia. En este sentido, sostuvo la versión policial sobre la detención y muerte de Acosta Martínez mencionada anteriormente que, como veremos más adelante, se modificó a partir de diciembre de 2019.

El 11 de julio de 2013, la CIDH emitió su informe de Admisibilidat N° 36/13 y el 7 de diciembre de 2018 aprobó el Informe de Fondo N° 146/18 en el que concluyó que el Estado Argentino es responsable por la violación de los derechos a la vida (art. 4.1 de la CADH), la integridad personal (art. 5.1 y 5.2), la libertad

personal (art. 7.2, 7.3 y 7.4) y la igualdad ante la ley (art. 24) en relación con su obligación de respetar los derechos (art. 1.1) y de adoptar disposiciones de derecho interno para hacerlos efectivos (art. 2), en perjuicio de José Delfín Acosta Martínez. Asimismo, concluyó que el Estado es responsable por la violación de los derechos a la integridad personal (art. 5.1), las garantías judiciales (art. 8.1) y la protección judicial (art. 25.1) en relación con el artículo 1.1 de la CADH, en perjuicio de Ángel Acosta Martínez y Blanca Rosa Martínez, hermano y madre de José Delfín respectivamente.

Para la CIDH era preciso determinar si existieron razones objetivas para detener a Acosta Martínez. Finalmente, se concluyó que esto no fue probado, ya que los efectivos policiales, luego de constatar que ninguno de los tres hombres estaba armado ni recaía sobre ellos pedido de captura, decidieron igualmente llevarlos detenidos. La Comisión agregó que no existe ninguna documentación que exponga las razones de la detención aún luego de las mencionadas constataciones.

Para el organismo interamericano fue un hecho determinante de este caso que se trate de personas extranjeras y afrodescendientes, situación que el propio José Delfín denunció en el momento de la detención de los dos hombres afrobrasileños. Es así que la CIDH sostuvo que

las normas que facultan a la policía a privar de libertad a una persona con base en sospechas y por razones de seguridad ciudadana, si no están revestidas de las debidas salvaguardas para asegurar su objetividad, *terminan siendo utilizadas arbitrariamente y con base en prejuicios y estereotipos respecto de ciertos grupos que coinciden con aquellos históricamente discriminados, como lo son las personas afrodescendientes*. Así, ante la existencia de edictos que no establecían dichas salvaguardas, la ausen-

3 Ibidem, párr. 57.

4 Ídem.

cia total de fundamentación objetiva en el caso concreto y los elementos que se desprenden del contexto, incluyendo la propia percepción del mismo José Delfín – y no desvirtuado por el Estado mediante una investigación diligente- *la Comisión determina que su detención, además de ilegal, ante la falta de tipicidad de las facultades aplicadas, también fue arbitraria y discriminatoria*⁵ (el resaltado me pertenece).

Respecto del derecho a la vida y a la integridad personal de José Delfín, la CIDH llegó a la conclusión de que tanto las lesiones como la muerte de José Delfín no sólo ocurrieron estando éste bajo la custodia del Estado, sino que, además, no se llevaron adelante investigaciones que establecieran “un esclarecimiento judicial definitivo de lo sucedido”⁶.

La CIDH fue contundente al afirmar que la versión estatal sobre la causa de muerte de José Delfín es inverosímil por varias razones, pero cabe destacar el argumento por el cual sostuvo que si el estado de ebriedad que presentaba el mencionado era tal que ponía en peligro su propia vida (y motivo por el cual debía ser esposado), los agentes policiales debían haber asistido de inmediato a José Delfín llevándolo a un servicio de urgencias y no esperar que la situación empeorara. Además, versiones de varios testigos sostuvieron que el estado de José Delfín no se condecía con la descripción policial. Por lo expuesto, concluyó que el Estado no logró desvirtuar la presunción que pesa en su contra sobre la responsabilidad por la vida e integridad de las personas bajo su custodia.

La Comisión también consideró que el Estado no proporcionó a la familia de la víctima recursos judiciales efectivos ni ofreció una

respuesta sobre lo sucedido, al validar como legítima la versión policial sobre la detención y muerte de Acosta Martínez. Para el organismo “una debida investigación y activación de mecanismos de rendición de cuentas de la actuación policial, eran fundamentales además para esclarecer si el factor racial tuvo incidencia en dicha actuación, como surge de las circunstancias de la detención ya analizada”⁷.

Finalmente, la Comisión realizó una serie de recomendaciones, que no fueron cumplidas por el Estado, por lo que el 18 de abril de 2019 sometió el caso a la jurisdicción de la Corte IDH, alegando que “permitirá el desarrollo de la jurisprudencia interamericana en materia de derechos de las personas afrodescendientes”⁸. El 31 de agosto de 2020, la Corte emitió la histórica sentencia que analizaremos a continuación.

III. El caso ante la Corte IDH

El 10 de marzo de 2020 se llevó a cabo una audiencia pública ante la Corte IDH con la participación de las partes y la CIDH, donde el Estado argentino reconoció su responsabilidad por las violaciones a los derechos contenidos en el informe de fondo de la Comisión. Durante la audiencia la representante estatal sostuvo que se trata de “un caso emblemático de violencia policial durante la década del 90 caracterizada en nuestro país por la brutalidad policial y la plena vigencia de los llamados ‘edictos policiales’”. Sobre esta legislación, precisó que los edictos “tipificaban así a una serie de figuras que describían con escasa precisión y castigaban con rigor tanto el llamado ‘desorden moral o político’ como la condición de personas”. Aceptó, en efecto, que la detención de José Delfín Acosta Martínez fue arbitraria e ilegal y que era paradigmática de la

5 CIDH, Informe de Fondo N° 146/18, 7 de diciembre de 2018, párr. 91.

6 Íbidem, párr. 97.

7 Ídem, párrafo 106.

8 Nota de remisión a la Corte IDH, 18 de abril de 2019.

persecución y estigmatización del colectivo afrodescendiente en Argentina⁹.

En esta misma instancia el Estado se allanó a las reparaciones establecidas por la CIDH e informó que el 14 de marzo de 2019 se ordenó la reapertura de la causa judicial en el ámbito interno en donde se investiga la muerte de José Delfín, y que los edictos policiales que motivaron la detención del mencionado habían sido derogados en la mayor parte de las provincias argentinas; entre otras medidas adoptadas encaminadas a combatir la discriminación y mejorar las condiciones de detención¹⁰. Es importante destacar el cambio en la posición que venía teniendo el Estado a lo largo de todo el proceso, a partir del cambio de gestión producido en diciembre de 2019, cuando comenzó a aceptar su responsabilidad internacional en varios casos de violencia institucional¹¹.

Los/as representantes de las víctimas consideraron que este reconocimiento no borra el hecho que “durante 15 años el Estado Argentino continuó con la política de encubrimiento e impunidad que fue denunciada desde el 5 de abril de 1996. Con el agravante que, durante esos 15 años el encubrimiento estuvo en manos de los representantes estatales que deben velar por los derechos de las víctimas, y no por la impunidad de los victimarios”¹².

En primer lugar, la Corte IDH analizó el alcance del reconocimiento efectuado por el Estado. En este sentido, consideró que se trata de un reconocimiento total de la responsabilidad internacional, es decir, que la detención de José Delfín fue ilegal y arbitraria,

y su muerte no se produjo por accidente ni de forma fortuita toda vez que la víctima se encontraba bajo su custodia. Por ende, consideró necesario dictar una sentencia para establecer cuáles fueron los hechos y el alcance de la responsabilidad del Estado por la actuación de la Policía Federal Argentina que devino en la detención y la muerte de José Delfín, así como determinar las reparaciones correspondientes, siendo esta sentencia una reparación en sí misma para la familia, pero también para las comunidades afrodescendientes, luego de décadas de lucha y amenazas sufridas en su búsqueda de justicia.

Es importante mencionar que la Corte IDH llamó la atención por el largo período transcurrido entre la presentación de la petición ante la CIDH y el sometimiento del caso a su jurisdicción (17 años), lo que confirma un hecho que es de público conocimiento: la excesiva demora para obtener una respuesta del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

IV. Análisis del contexto

Uno de los puntos más relevantes de la sentencia es el análisis sobre el contexto en que se produjo la detención y muerte de Acosta Martínez. Por un lado, la Corte IDH analiza el contexto de discriminación racial que existía, y que lamentablemente aún existe en nuestro país, hacia la población afroargentina, afrodescendiente y africana, resaltando el hecho de que es el propio Estado quien tanto en la audiencia pública como en sus alegatos finales reconoce la existencia de racismo estructural, que se traduce en la sistemática invisibilización de estas comunidades y en las prácticas institucionales, entre ellas las de las fuerzas de seguridad, impregnadas de prejuicios racistas.

La Corte IDH cita un importante informe realizado por el Grupo de Trabajo de Exper-

⁹ Ídem nota 2, párr. 74.

¹⁰ Íbidem, párr. 16.

¹¹ Un día después de la sentencia bajo estudio, la Corte IDH emite otro fallo donde el Estado reconoce su responsabilidad internacional por el actuar de agentes policiales en el caso *Caso Fernández Prieto y Tumbeiro Vs. Argentina*.

¹² Ídem, párr. 17.

tos sobre los Afrodescendientes¹³, en el que se destaca la preocupación por

la invisibilidad de larga data, y una persistente discriminación estructural contra los/as afroargentinos, afrodescendientes y africanos, en general. La narrativa que prevalece es que las guerras y enfermedades disminuyó el número de afroargentinos/as, una comunidad muy grande en su momento. Esta narrativa ensombrece la realidad de que esta población afroargentina ha existido y sigue en la lucha para ser reconocida por la sociedad argentina. Aún se percibe a los/as afroargentinos/as como extranjeros en su propia tierra.¹⁴

También se cita un informe sobre Argentina del Comité de Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación Racial¹⁵, donde manifiesta su inquietud por el racismo estructural que afecta a las comunidades afrodescendientes.

Estos informes evidencian que, desde hace un largo tiempo, diversos organismos internacionales vienen mostrando su preocupación por el racismo en Argentina. Una preocupación que la clase dirigente y los sucesivos gobiernos argentinos nunca tuvieron. Esto se comprueba a partir del hecho de que no existen en nuestro país políticas destinadas a combatir los siglos de exclusión

y marginación, producto del racismo estructural en que se encuentran las poblaciones afroargentinas y afrodescendientes, al tiempo que se las sigue invisibilizando.

Es por ello que esta sentencia cobra una tremenda relevancia, por cuanto se constituye en una valiosa herramienta para que las organizaciones afro de nuestro país puedan seguir exigiendo las políticas no sólo de carácter reparatorio o de reconocimiento, sino de desarrollo, que ya son una deuda de la democracia para con estas poblaciones.

Siguiendo con el análisis del fallo, a este contexto de racismo y discriminación la Corte IDH suma el de violencia institucional y el uso de perfiles raciales en el accionar de las fuerzas de seguridad. El emblemático caso Bulacio¹⁶, sucedido también en los 90, es citado como muestra del actuar sistemático de las fuerzas de seguridad en aquella época donde reinaban las detenciones arbitrarias motivadas por perfiles raciales o, como popularmente se conoce, “portación de cara”.

Los datos que se citan en la sentencia son realmente estremecedores y revelan prácticas institucionalizadas por parte de las fuerzas de seguridad: en 1995, año previo a la detención y muerte de José Delfín, el 61% de las detenciones fueron realizadas en aplicación de edictos policiales¹⁷. Varias organizaciones encargadas de denunciar la violencia institucional han dado cuenta que quienes más sufren la violencia policial son los/as jóvenes pobres. Un informe del Centro de Estudios Legales y Sociales revela que durante las décadas del ‘80 y ‘90

las víctimas de las formas más graves de violencia institucional (muertes, torturas) provenían de las clases populares (...) En

13 Informe del Grupo de Trabajo de Expertos sobre los Afrodescendientes, *Visita a la Argentina*, UN Doc. A/HRC/42/59/Add.2, 14 de agosto de 2019.

14 Declaración a los medios del Grupo de Trabajo de Expertos de las Naciones Unidas sobre Afrodescendientes, al finalizar su visita oficial a la Argentina, realizada entre los días 11 y 18 de marzo de 2019.

15 Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, *Examen de los informes presentados por los Estados Partes de conformidad con el artículo 9 de la Convención: Observaciones finales*, UN Doc. CERD/C/304/Add.112, 27 de abril de 2001.

16 Corte IDH, Caso *Bulacio Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 18 de septiembre de 2003. Serie C No. 100.

17 Ídem nota 2, párr. 38.

los últimos quince años, en correlación con distintas 'olas de inseguridad' y con el aumento sostenido del encarcelamiento, la violencia institucional se focaliza en los barrios pobres y, más precisamente, en los varones jóvenes de esos barrios.¹⁸

Cualquier observador no muy experto podrá ver que la mayor parte de quienes habitan los barrios populares son personas racializadas y que la violencia policial recae mayormente sobre ellas. No hay dudas que las personas afrodescendientes son sometidas a una vigilancia policial excesiva y se les aplica sistemáticamente los perfiles raciales. El aumento de la persecución y violencia desplegada, por ejemplo, por la policía de la Ciudad de Buenos Aires contra los migrantes senegaleses¹⁹, es apenas una muestra de esta situación, que además está motivada por “[l]os estereotipos negativos de los afrodescendientes en el sentido de que son delincuentes peligrosos y violentos (...) lo que ha dado lugar a mecanismos selectivos y discrecionales para llevar a cabo detenciones e investigaciones arbitrarias”²⁰.

Esta alarmante situación refleja cómo el racismo se expresa cotidianamente contra los cuerpos negros. El caso de José Delfín es la más acabada expresión de una práctica sistemática, institucionalizada y racista dirigida a criminalizar a comunidades que, históricamente, han

sido víctimas de todo tipo de violencias, inclusive la simbólica, con la supresión de su existencia en el relato e historia oficial.

V. Análisis del fondo

La Corte IDH inicia su análisis del fondo considerando, por un lado, la legalidad y, por el otro, la arbitrariedad de la detención de Acosta Martínez y su relación con el principio de igualdad y no discriminación. Respecto al primer punto, analiza el derecho a la libertad personal contenido en el art. 7.1 de la CADH y la prerrogativa del art. 7.2 a afectarse este derecho sólo a través de una ley que, de antemano, establezca las causas y condiciones de la privación de la libertad física.

En el caso bajo examen, José Delfín fue detenido en aplicación del edicto policial de ebriedad que establecía que “serán reprimidos con multa de 300 a 1500 pesos o con arresto de 3 a 15 días los que se *encontraren en completo estado de ebriedad* en las calles, plazas, cafés, cabarets, almacenes, tabernas u otros despachos de bebidas o parajes públicos” (el resaltado me pertenece).

En cumplimiento del principio de legalidad, una norma jurídica que tipifique como delito una conducta debe delimitarla de manera lo más precisa que sea posible para que permita a los/as ciudadanos/as orientar sus comportamientos. El mencionado edicto, según la Corte IDH, no cumple con estos extremos al punir a aquellos que estén en “completo estado de ebriedad”. Esto significa que se sanciona no una conducta, sino un estado transitorio de la persona, lo que permite que quien debe aplicar la norma (en este caso, efectivos policiales) pueda tener un amplio margen de discrecionalidad al considerar si una persona se encuentra o no en ese estado y en qué grado, ya que la norma es imprecisa y ambigua. Así, se pasa del derecho penal de acto al derecho penal de autor, desarrollado

18 CELS, Violencia institucional. Tensiones actuales de una categoría política central, mayo 2017. Recuperado de: https://www.cels.org.ar/common/Violencia%20institucional_Perelman_Tufro.pdf

19 Defensoría del Pueblo de la Ciudad. 2020. *Informe Comunidad Senegalesa en la Ciudad de Buenos Aires. Diagnósticos para una política pública integral. El trabajo de la Defensoría del Pueblo de la CABA 2018-2020*. Recuperado de: <https://defensoria.org.ar/noticias/nuevo-informe-sobre-la-poblacion-senegalesa-en-la-ciudad-de-buenos-aires/>

20 Ídem nota 14, párr. 30.

por la Corte en otros importantes fallos²¹.

Por lo tanto, el análisis concluye que la detención de Acosta Martínez en aplicación del edicto en cuestión constituye una violación, por parte del Estado, a su libertad física y al principio de legalidad, pero también se trata de una violación de la Convención al haber mantenido vigentes edictos que contrariaban lo dispuesto por ella.

En cuanto a la arbitrariedad de la detención, la Corte hace una conexión directa con el accionar policial motivado por los perfiles raciales²², que se dan en un contexto de discriminación racial sistemática y de violencia institucional hacia las comunidades afrodescendientes y africanas. La selectividad policial queda evidenciada a la hora de detener a los tres hombres afrodescendientes a la salida de un concurrido local bailable. El mismo José Delfín protestó que sólo los arrestaban “por ser negros”²³.

La Corte concluye que

los agentes de policía actuaron movidos más por un perfil racial, que por una verdadera sospecha de comisión de un ilícito. El carácter amplio de la normativa de los edictos policiales les permitió, a posteriori, justificar su intervención y darle una apariencia de legalidad. Sin embargo, estas motivaciones

21 Dentro de los más recientes tenemos *Fernández Prieto y Tumbeiro v. Argentina* (2020); y (un poco más antiguo) el caso *Fermín Ramírez* (2005).

22 La Corte toma la definición de “perfiles raciales” del Programa de Acción de la III Conferencia Mundial contra el Racismo, llevada a cabo en Durban, Sudáfrica, en 2001, que dice: “la práctica de los agentes de policía y otros funcionarios encargados de hacer cumplir la ley de basarse, en uno u otro grado, en la raza, el color, la ascendencia o el origen nacional o étnico como motivo para someter a las personas a actividades de investigación o para determinar si una persona realiza actividades delictivas”.

23 Ídem nota 2, párr. 43.

demuestran el carácter arbitrario de la detención del señor Acosta Martínez.²⁴

Por los motivos anteriormente expuestos, la Corte IDH concluye que la privación de la libertad de José Delfín fue ilegal, arbitraria y discriminatoria.

VI. Reparaciones

La jurisprudencia de la Corte IDH fue constante en sostener que toda violación de obligaciones internacionales por parte de un Estado, que haya producido un daño a las víctimas, comporta el deber de repararlo. Asimismo, esta reparación debe guardar un nexo de causalidad con los hechos del caso, las violaciones y los daños establecidos. En el caso bajo estudio, a pesar de haber solicitado los/as representantes de las víctimas una serie de reparaciones de varias especies, la Corte IDH decidió que aquellas que son aptas y suficientes para reparar los daños producidos por las violaciones mencionadas son las siguientes:

- Obligación de investigar: como se mencionó anteriormente, el Estado informó que en marzo de 2019 se dispuso la reapertura de la causa judicial por la que se investiga la detención ilegal y muerte de José Delfín, la que está siendo instruida por la Fiscalía Especializada en Violencia Institucional (PRO-CUVIN). La Corte IDH, considerando este hecho, ordena al Estado proseguir las investigaciones que permitan sancionar a los responsables de lo sucedido, así como establecer la verdad que, en definitiva, es de los objetivos últimos de los procesos penales, teniendo en especial consideración el contexto que la Corte tan correctamente analizó.

- Medidas de Satisfacción: el Estado debe publicar en el Boletín Oficial y en un diario de amplia circulación nacional un resumen de la

24 Íbidem, párr. 93.

sentencia; asimismo, debe publicar la sentencia en su integridad por el periodo de un año en su página web oficial.

- Garantías de no repetición: establece la inclusión en la formación regular de los/as agentes de la Policía de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y de la Policía Federal de capacitaciones sobre el carácter discriminatorio que tienen los estereotipos de raza, color, nacionalidad u origen étnico, así como el uso de perfiles raciales en la aplicación de las facultades policiales para realizar detenciones, y la sensibilización sobre el impacto negativo que su utilización tiene sobre las personas afrodescendientes²⁵.

Esta reparación es, a mi entender, un punto importante de la sentencia pues condena al Estado a capacitar a sus cuerpos de seguridad en materia de racismo y discriminación hacia personas afrodescendientes. Es, quizás, de las medidas que mayor potencialidad tienen para modificar el actuar de las fuerzas. Es sabido que las prácticas de las diversas fuerzas de seguridad están arraigadas en una política represiva que heredamos de la última dictadura militar y que, evidentemente, no ha sido posible erradicarlas desde la vuelta de la democracia. Aún hoy estas fuerzas son protagonistas de casos de “gatillo fácil”, desapariciones y torturas mayormente hacia varones jóvenes de los barrios populares. Esta situación se vió seriamente agravado por el contexto de pandemia, en que el Gobierno Nacional en más de una oportunidad recurrió a militarizar barrios populares a los fines de hacer cumplir las medidas de aislamiento social, preventivo y obligatorio, situación álgidamente denunciada por diversos organismos de derechos humanos²⁶.

25 *Ibidem*, párr. 118.

26 <http://www.correpi.org/2021/la-segunda-ola/> y <http://www.correpi.org/2020/los-datos-de-la-represion-en-pandemia-al-9-8-2020/>

- Mecanismos de control y sistemas de registros: en otro aspecto que considero fundamental de esta sentencia, la Corte IDH requiere que el Estado implemente un mecanismo de denuncia de detenciones arbitrarias motivadas por perfiles raciales y un sistema de registro y estadísticas sobre las detenciones que afecten a personas afrodescendientes que permita establecer parámetros y comparaciones respecto de la población en general. Este punto es también relevante puesto que, producto del racismo estructural y la invisibilización histórica a la que se ha sometido a las poblaciones afroargentinas y afrodescendientes en Argentina, la falta de estadísticas y diagnósticos sobre estos colectivos es una constante en todos los ámbitos, pero especialmente en lo que respecta al sistema penitenciario. La ausencia de datos desagregados sobre estas poblaciones es la consecuencia de un sistema estructural de racismo y discriminación.

- Indemnizaciones compensatorias: la Corte establece indemnizaciones monetarias para Ángel Acosta Martínez y Blanca Rosa Martínez, que contemplan tanto el daño material, incluyendo el daño emergente y el lucro cesante, como el daño inmaterial. Este último aspecto no es menor, porque la familia de José Delfín, desde el mismo momento de su muerte, ha padecido innumerables situaciones que podríamos calificar como traumáticas. Su madre y su hermano, además del sufrimiento por la pérdida violenta de su ser querido, debieron soportar amenazas constantes; tanto ellos/as como familiares y Ángel Acosta Martínez sufrió varios atentados contra su vida que lo empujaron a tener que exiliarse a España. Un peritaje psicológico que se le realizó indicó que “la prolongada impunidad por la muerte de su hermano, que en el ámbito de la causa ante la justicia nacional ya lleva 24 años, imposibilita la evolución natural del duelo (...) Los efectos de la lucha contra

la impunidad se manifiestan en impotencia, frustración y fatiga, que se reactualiza en él a partir de cada nueva traba, estancamiento y retroceso judicial²⁷.

VII. Consideraciones finales

24 años tuvieron que pasar para que José Delfín Acosta Martínez y su familia encuentren justicia. El largo camino que tuvieron que atravesar fue doloroso pero perseverante. Esta sentencia tiene un valor incalculable para las comunidades afroargentinas, afrodescendientes y africanas de nuestro país ya que viene a poner sobre la mesa un tema tabú para nuestra sociedad: el racismo. La utilización de los perfiles raciales o “la portación de cara” (que más que de cara es de color de piel) por parte de las fuerzas de seguridad no es ninguna novedad para los/as afrodescendientes y africanos/as, ya que se trata de la continuación de la violencia colonial, hoy estatal, que se basa en la racialización negativa e inferiorizante de determinados grupos étnico-raciales.

Argentina, así como las naciones latinoamericanas post coloniales y ex esclavistas, conserva de aquella época ciertas estructuras sociales y económicas que ubican a ciertas comunidades, como las afrodescendientes e indígenas, en un lugar de eterna subalternidad. El racismo es también un sistema de control social que se vale del aparato represivo para mantener el *statu quo*.

Es cierto que en los últimos tiempos se han dado pequeños pasos en el reconocimiento de las comunidades afroargentinas²⁸ y que,

actualmente, nos encontramos transitando el Decenio Internacional de los/as afrodescendientes para lo que el Estado argentino ha creado una Mesa Interministerial de Políticas para las Comunidades Afro²⁹. Sin embargo, aún sigue siendo una deuda de la democracia.

Esta sentencia es un paso importante en este sentido. Erradicar prácticas represivas institucionalmente arraigadas requiere de verdadera voluntad y decisión política que pongan en marcha una reforma estructural de las fuerzas de seguridad. Pensar en una sociedad sin estas fuerzas represivas implica pensar en otro modelo de organización social, en tanto ellas son partes fundamentales y constitutivas de los estados-naciones para mantener “el orden”.

gares se reconocieran como afrodescendientes, lo que representa un 0,4 % del total de la población. Es importante mencionar que se trató de un muestreo (no podemos afirmar que sean datos que reflejen la realidad) y que el 92% de las personas que se reconocieron como afrodescendientes son argentinas, hecho que pone en jaque al mito de que no hay afroargentinos/as. Asimismo, en el año 2013, se sancionó la Ley Nacional 26.852, que establece el 8 de noviembre como el Día Nacional de los Afroargentinos y de la Cultura Afro, en conmemoración de María Remedios del Valle, mujer afroargentina considerada la “Madre de la Patria”.

Proclamado por la Organización de las Naciones Unidas (Resol. 68/237 del 23 de diciembre de 2013), que abarca el período que se extiende entre el 1° de enero de 2015 hasta el 31 de diciembre de 2024. El Decenio busca que los Estados adopten medidas concretas y prácticas mediante la aprobación y aplicación efectiva de marcos jurídicos nacionales e internacionales y de políticas y programas de lucha contra el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia a que se enfrentan los afrodescendientes. Argentina adhirió al Decenio mediante el Decreto 658/2017 que instituye a la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación como el organismo rector del Decenio y es quien tiene que elaborar un programa nacional para la aplicación del Decenio, de conformidad con el “Programa de actividades del Decenio Internacional para los afrodescendientes”, aprobado por las Naciones Unidas.

29 Ver: <https://www.argentina.gob.ar/noticias/mesa-interministerial-para-la-comunidad-afro>

27 Ídem nota 2, párr. 142.

28 Luego de casi 130 años de silenciamiento estadístico, el Censo Nacional de Población del año 2010 incorporó una pregunta sobre el origen afro de las personas. La pregunta fue incluida en el 10% de los formularios, dando como resultado que 149.493 personas de 62.642 ho-

Por lo pronto, el Estado argentino ha adoptado, desde diciembre de 2019 con el cambio de gobierno, una posición en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos que vale la pena destacar, que es la de reconocer su responsabilidad por la violencia policial que ha arrebatado la vida de un sinnúmero de jóvenes, mayormente pobres y racializados/as³⁰

El desafío que queda por delante es dar efectivo cumplimiento a las medidas de reparación establecidas por la Corte IDH, especialmente aquella que ordena la creación de un sistema de denuncias de detenciones arbitrarias de personas afrodescendientes que permitirá, esperamos, comenzar a reflejar una realidad cada vez más evidente. Establecer mecanismos de control efectivos de los aparatos represivos estatales es urgente; quizás éste sea el momento de que nuestros/as gobernantes piensen seriamente en el control popular de las fuerzas de seguridad.

30 Sólo para mencionar algunas víctimas de la violencia institucional de los últimos 30 años: Walter Bulacio, Miguel Bru, Iván Torres, Luciano Arruga, Darío Riquelme, Mariano Witis, Darío Kosteki, Maximiliano Santillán, Alan Tapia, Patricio Barros Cisneros, Lautaro Bugatto, Santiago Maldonado, Luis Armando Espinoza, Francisco Valentín Cruz y Facundo Astudillo Castro.

SECCIÓN III

EXPERIENCIAS INTERNACIONALES

Retos jurídicos en la protección internacional de la migración climática desde una perspectiva sensible al género

Susana Borràs-Pentinat

Profesora de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales. Postdoc. Fellow Marie Skłodowska-Curie (H2020-MSCA-IF-2020) PROYECTO CLIMOVE (nº 101031252)¹. Universidad de Macerata (Italia). ORCID: 0000-0002-8264-1252. Email: S1.borraspentinat@unimc.it.

I. Introducción

Según el Informe sobre la Migración Mundial de la Organización Internacional para las Migraciones (OIM 2022), en 2020 había 281 millones de personas en movimiento en el mundo. Esto significa que el 3,60% de la población mundial es migrante. Casi la mitad, mujeres. Según el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR 2022), 89,3 millones de personas fueron desplazadas forzadamente a finales de 2021 por motivos políticos, principalmente por persecución, conflicto, violencia, violaciones de los derechos humanos o actos que perturbaron gravemente el orden público. Entre ellas, 27,1 millones son refugiadas o solicitantes de asilo y unos 53,2 millones de personas son desplazadas internamente, es decir, dentro de las fronteras de sus propios países (ACNUR 2022, 22).

A pesar de la importancia de estas estadísticas, estas no logran reflejar la totalidad del desplazamiento de personas en todo el mundo, ya que no incluyen a las personas que huyen debido a la degradación ambiental, a pesar de que, en la actualidad, el número de

¹ Este proyecto ha recibido financiación del programa de investigación e innovación Horizonte 2020 de la Unión Europea. Este artículo refleja únicamente la opinión del autor y la REA (Research Executive Agency) no se hace responsable del uso que pueda hacerse de la información que contiene.

desplazadas internas que huyen de los desastres supera el número de personas que cruzan fronteras internacionales por razones políticas. Así lo constata el Centro de Monitoreo de Desplazamiento Interno (IDMC) que afirma que, en 2021, unos 1900 desastres naturales o relacionados con el clima generaron 23,7 millones de desplazamientos en 141 países y territorios (IDMC 2022). Este es el número más alto registrado desde 2012, superando en tres veces el número de desplazamientos debido al conflicto y la violencia (IDMC 2022).

Como ya afirmaba el IPCC (1990), es cada vez más probable que la migración se convierta en una respuesta al cambio climático, con millones de personas desplazadas por las inundaciones costeras, la erosión del litoral, los procesos de desertificación y las pérdidas en la producción agrícola. Las personas que salen de sus territorios de origen, lo hacen en contextos muy complejos, en busca de seguridad y bienestar, ejerciendo su derecho humano a migrar con dignidad, hacia otros territorios seguros, ya sea dentro o fuera de sus países. No obstante, como recordaba la OIM (2009), el cambio climático no provoca, por sí mismo, la migración humana, sino que produce unos efectos ambientales que empeoran las vulnerabilidades existentes y dificultan la supervivencia de las personas en sus territorios.

En todo caso, el desplazamiento climático ya es una evidencia. Según el IDMC (2021), en Asia Oriental y el Pacífico, durante el 2020 los ciclones Tino Harold y Yasa, los tifones Vongfong/Ambo, Hagupit, Maysak, Haishen, Molave, Goni y Vamco, y las tormentas tropicales Higos y Nangka causaron 5,5 millones de nuevos desplazamientos en toda la región. Entre febrero y agosto de 2020, en Yemen las inundaciones y las catástrofes relacionadas provocaron 223.000 nuevos desplazamientos. En la región de América Central y el Caribe, entre agosto y noviembre de 2020, se produjeron 2,7 millones de nuevos desplazamientos provoca-

dos por los huracanes Laura, Eta e Iota en 14 países. En Australia, entre enero y febrero de 2020, fueron los incendios forestales los que provocaron 65.000 nuevos desplazamientos. Y en el mismo año, en Turquía, Croacia y Grecia se registraron 82.000 nuevos desplazamientos debido a una serie de terremotos con magnitudes que oscilaron entre 5,4 a 7,0.

Como se puede observar, el cambio climático tiene repercusiones negativas en diferentes partes del mundo, pero afecta muy especialmente a aquellas personas más expuestas debido a su alto nivel de vulnerabilidad, principalmente las mujeres y niñas indígenas y afrodescendientes, mujeres adultas mayores, LGBTIQ+ (lesbianas, gays, bisexuales, transgénero/transexuales, intersexuales y queer), mujeres y niñas con discapacidad, mujeres migrantes y aquellas que viven en áreas rurales, remotas, conflictivas y propensas a desastres (UN Women 2022; ONU 2015).

Según algunos estudios, la realidad es que los efectos del cambio climático no solo pueden generar el movimiento forzado de las personas (Benveniste, Oppenheimer, Fleurbaey 2022), también pueden atraparlas (Simpkins 2022). Šedová, Čizmaziová y Cook (2021) añaden que la probabilidad de quedarse atrapadas es especialmente alta para las mujeres, en particular para aquellas que viven en países de bajos ingresos.

En estos casos, el cambio climático configura, determina y condiciona todos los procesos de la movilidad humana: desde la decisión de partir y las condiciones de tránsito hasta la capacidad de retorno. La situación de desigualdad e inseguridad está presente en todo el proceso migratorio y es particularmente crítica en el caso de las mujeres y niñas migrantes (ACNUR 2021, 66).

La respuesta de las mujeres a las crisis ambientales globales está determinada por expectativas sociales, comunitarias y los roles diferenciados no solo en función del gé-

nero, sino en función de otros identificadores sociales, como la edad, la ubicación, la clase, la orientación sexual y la identidad religiosa (ACNUR 2018, 5; Pentlow 2020, 23-26). Las estructuras y relaciones de poder conducen a una mayor vulnerabilidad ante los fenómenos meteorológicos extremos y los desastres relacionados con el cambio climático (UNDP 2016, 1-8). Esta vulnerabilidad aumenta cuando las mujeres y las niñas se convierten en “migrantes climáticas”. En general, todo tipo de migración, según la OIM, es un proceso de género (OIM s/f). Los migrantes de todos los géneros tienen diferentes necesidades y prioridades y están expuestos a diferentes riesgos en el proceso de migración, pero en particular por ser mujeres y migrantes climáticas procedentes del Sur Global. Sin embargo, los marcos legales vigentes no reconocen y protegen de manera diferencial ni a los migrantes climáticos ni a la situación particular de las mujeres migrantes, contribuyendo a perpetuar las desigualdades, las vulnerabilidades existentes y la desprotección. Asimismo, el vacío jurídico invisibiliza las responsabilidades de los países industrializados, principalmente del Norte Global, en su contribución al cambio climático y criminaliza a quienes, desde el Sur Global, son sus víctimas y huyen de los desastres para salvar sus vidas y vivir dignamente. Más cuando las consecuencias del cambio climático no se explican desde la justicia climática: es decir, los efectos del cambio climático han sido política y económicamente contruidos en beneficio de las élites de poder, que empezando por la extracción, combustión, comercialización y consumo se han enriquecido a costa de quienes sufren las violaciones de los derechos humanos y las consecuencias del abuso climático.

Este contexto de vulnerabilidad climática se perpetúa y amplía con la existencia de una clara intersección entre migración, clase y género, junto con factores económicos y

sociales de vulnerabilidad y discriminación (Arora-Jonsson 2011, 744-751). A su vez, las vulnerabilidades climáticas se incrementan a medida que estas intersecciones agregan más capas de invisibilidad (UN Women s/f). Esto hace necesario un replanteamiento de los marcos jurídicos existentes para responder a la realidad de la migración climática desde una perspectiva sensible al género, que proteja efectivamente los derechos humanos.

En este sentido, el presente trabajo reflexiona sobre la realidad de muchas mujeres y niñas migrantes que se ven obligadas a abandonar sus hogares debido a la degradación ambiental en contextos de profunda desigualdad y explora algunas posibles respuestas jurídicas, sensibles al género, para desplegar una protección de carácter humanitario a esta realidad hasta ahora invisibilizada.

II. Impactos climáticos diferenciales y las vulnerabilidades asociadas basadas en la discriminación de género

Las mujeres y las niñas contribuyen de manera muy importante al bienestar y desarrollo de sus comunidades y países, así como a la conservación del medio ambiente (CEDAW 2018). Sin embargo, los vínculos existentes, muchas veces ignorados o poco valorados, entre las mujeres y el medio ambiente, especialmente en relación con la conservación y gestión del territorio, el agua y la diversidad biológica, junto con las persistentes dinámicas de dominación del poder heteropatriarcal -que excluyen a las mujeres de los procesos de toma de decisiones- han impedido la adecuada integración de la perspectiva de género en las políticas y normas jurídicas para la protección del medio ambiente (Alston 2014, 287-294.).

Así lo reconoce la Asamblea General de las Naciones Unidas, cuando afirma que

(...) la importancia de la igualdad de género, de la adopción de medidas con perspectiva de género para hacer frente al cambio climático y la degradación ambiental, y del empoderamiento, el liderazgo, la inclusión en la adopción de decisiones y la participación plena, igualitaria y significativa de las mujeres y las niñas, así como del papel que desempeñan las mujeres como gestoras, líderes y defensoras de los recursos naturales y agentes de cambio para la protección del medio ambiente.

Si bien el Derecho internacional de los derechos humanos prohíbe la discriminación basada en el género, particularmente a través de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer de 1979 (CEDAW, por sus siglas en inglés), en muchos países las mujeres a menudo enfrentan discriminación sistémica, estereotipos dañinos y barreras sociales, económicas y políticas que limitan su capacidad de adaptación y resiliencia. En estas circunstancias, aunque los impactos climáticos afectan a toda la población, las mujeres y las niñas sufren consecuencias diferenciales. Esto es por dos razones. En primer lugar, constituyen más de la mitad de la población mundial y, por tanto, la mitad de su potencial, pero también son la mayoría de las personas que viven en la pobreza extrema, por ser un grupo social discriminado y más expuesto a la degradación ambiental (CDH 2019b). En segundo lugar, sufren por las limitaciones impuestas por los roles de género y las responsabilidades de cuidado, tradicionalmente impuestas, que están conectadas con el manejo de los recursos naturales, como es el suministro de alimentos, agua y combustible (PNUMA 2016).

Según el IPCC, la desigualdad de género aumenta además como resultado de los desastres relacionados con el clima (IPCC 2014). Los impactos del cambio climático

hacen que las mujeres sean las primeras en sentir los efectos cuando tienen que viajar distancias cada vez más largas para encontrar recursos para alimentar a su familia, afectando particularmente su salud durante el embarazo y la maternidad. Además, las mujeres y las niñas suelen ser las últimas en comer o en ser rescatadas; se enfrentan a mayores riesgos de salud y seguridad cuando los sistemas de agua y saneamiento se ven comprometidos; y asumen una mayor carga de trabajo doméstico y de cuidado cuando no hay recursos o cuando el acceso a ellos es difícil en contextos de crisis. Las mujeres y las niñas a menudo tienen una responsabilidad impuesta y desigual en el cuidado de menores, las personas mayores y enfermas (PNUMA 2016, 13). Esta responsabilidad, en contextos de crisis, como los que pueden darse tras un desastre, puede hacer que se enfrenten a una fuerte carga psicológica (Alston 2014, 290; CEDAW 2018).

En consecuencia, las necesidades de mujeres y niñas, en un contexto de cambio climático, se ven magnificadas por las desigualdades y las normas sociales y culturales discriminatorias, que les impiden tener igualdad de acceso a los servicios financieros, la infraestructura, los servicios de salud completos-incluidos los derechos sexuales y reproductivos-, el suministro de agua, la propiedad de la tierra y otros bienes, y disfrutar de un entorno seguro. Estas barreras les impiden aprender y aplicar sus conocimientos y habilidades, sin poder recibir el mismo salario por el mismo trabajo, y sin poder participar en la toma de decisiones y asumir roles de liderazgo en la vida pública (Terry 2009). Por tanto, las vulnerabilidades económicas y sociales aumentan las vulnerabilidades ambientales, que a su vez alimentan otras vulnerabilidades discriminatorias, condicionando su capacidad de migrar.

III. La persistencia de vulnerabilidades de género en los procesos de migración climática

Las migraciones climáticas incluyen todos aquellos desplazamientos humanos internos o internacionales provocados, directa o indirectamente, por el cambio climático. Estas migraciones humanas son un fenómeno complejo y heterogéneo y abarcan diferentes situaciones (OIM 2019). Además, la ONU estima que, para 2050, los efectos del cambio climático provocarán el desplazamiento de 150 millones o más de personas debido a fenómenos meteorológicos extremos y a eventos de evolución lenta como el aumento del nivel del mar y la desertificación, incrementando la especial vulnerabilidad de las mujeres ante el cambio climático (CDH 2018a).

Este contexto de vulnerabilidad no solo se ve agravado por las normas culturales y los roles de género, anteriormente mencionados, sino también por las políticas migratorias, que pueden limitar la capacidad de migrar. De esa manera se ven afectados los derechos humanos de la mujer, que deberían ser promovidos y protegidos por la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW 1979) en todas las etapas de la prevención, mitigación, respuesta, recuperación y adaptación al cambio climático y los consecuentes desastres.

Así, una adaptación de la conceptualización de la OIM (2019) de persona migrante en perspectiva de género sería la de una

Persona o grupos de personas que, en contextos de discriminación de género y de degradación ambiental (relacionada con el cambio climático), por desastres repentinos o de desarrollo lento, que afectan negativamente su vida, se ven forzadas a abandonar sus hogares, de forma temporal o permanente, de manera individual o

colectiva y a nivel interno o internacional (adaptación de la autora).

En algunas regiones, y dependiendo del contexto específico, las mujeres son más propensas a migrar, mientras que, en otras regiones, los hombres son quienes generalmente se desplazan (Lama, Hamza, Western 2021, 326-336; CDH 2018a). No obstante, en general, las mujeres tienden a tener menos control que los hombres sobre la decisión de migrar, a pesar de que en los últimos años se ha experimentado un incremento de la feminización de la migración, debido a muchos factores, siendo uno de los más importantes la violación de los derechos de las mujeres, que se incrementa a medida que los recursos naturales son más escasos y su acceso se restringe de forma discriminatoria. Así, en este contexto, a menudo enfrentan discriminación por llevar un hogar solas durante la ausencia de su pareja, asumiendo roles tradicionales masculinos, pero sin obtener los mismos derechos, como puede ser la participación en la gestión de los recursos naturales (Webb 2016; CEDAW 2018). Todas estas tareas reducen el acceso de las mujeres al trabajo remunerado o a la escolarización de las niñas (Hunter & David 2009), lo que muchas veces fuerza la decisión de migrar en las peores condiciones.

Como se explica más adelante, los marcos legales no contemplan adecuadamente ni la migración climática ni la situación diferencial de las mujeres en estos contextos determinados por los impactos del cambio climático. Esto se debe en gran medida a la falta de participación de las mujeres, al menos en igualdad de condiciones y representando la diversidad, especialmente del Sur Global, en los foros de toma de decisiones nacionales e internacionales (WEDO 2022).

En contextos donde los impactos del cambio climático obligan a las personas a huir, las mujeres, y especialmente aquellas en situa-

ción de pobreza y exclusión, son las que tienen más probabilidades de verse “atrapadas” por las circunstancias. Aquellas que se quedan, se enfrentan, con demasiada frecuencia, a una mayor discriminación por ser parte de un hogar encabezado por una mujer y no por un hombre (Webb 2016; CEDAW, 2018). Cuando existe la oportunidad de huir de las consecuencias de los desastres, las mujeres y niñas en tránsito migratorio enfrentan una situación de riesgo, inseguridad y violencia permanente, que se replica en todas ellas, independientemente de las razones que motivaron su desplazamiento (Chindarkar 2012, 025601; UICN 2020). Así, según el Informe Mundial sobre la Trata de Personas (UNODC 2020), la representación femenina ha ido en aumento, de manera que de cada diez víctimas detectadas en todo el mundo unas cinco son mujeres adultas y dos son niñas.

En los campamentos para personas desplazadas o albergues temporales, muchas veces utilizados después de un desastre, las experiencias de las mujeres también son diferenciadas (UICN 2020). Con demasiada frecuencia, las necesidades específicas de las mujeres y las niñas (embarazo, lactancia, menstruación, etc.) no se atienden con la misma urgencia que las relativas a la vivienda, el agua y la ayuda alimentaria. Estas condiciones, a menudo, hacen que las mujeres sufran de ansiedad y estrés. Además, las mujeres y los niños son más vulnerables a los ataques y abusos, especialmente después del anochecer, cuando necesitan usar las letrinas en las instalaciones comunales del campamento (Pittaway & Rees 2006, 18–25).

En la etapa posterior a la migración, en destino, la integración también es vivida de manera diferente por las mujeres dependiendo de varios factores, entre ellos su inserción en el mercado laboral y el impacto de la migración en su estatus (ACNUR 2020). A pesar de que el aumento de la ocupabilidad

de la mujer en el nuevo lugar puede provocar un cambio en los roles de género dentro del hogar, esto no siempre se traduce en una mayor igualdad, ya que las mujeres pueden encontrarse fácilmente con diversos trabajos (fuera y dentro del hogar), mal pagados o directamente no pagados (ACNUR 2020). Esto produce un patrón de violencia contra las mujeres migrantes, principalmente, por factores como la feminización de la pobreza, el racismo institucional y la xenofobia (CMW, CEDAW, UN Women, OHCHR 2016).

La carencia de instrumentos de protección concretos, junto con la escasa aplicación de los que ya existen y que deberían implementarse, sumado a la escasez de rutas migratorias seguras y dignas, hace que las mujeres en situación de desplazamiento climático estén completamente desprotegidas y, por tanto, enfrenten riesgos como la violencia sexual y de género, la explotación y la trata.

Por tanto, las mujeres migrantes (y en concreto las mujeres pobres, de color/minorías raciales o de castas inferiores) se encuentran doblemente invisibilizadas y desprotegidas, a pesar de que las mujeres representan casi la mitad de las personas migrantes y refugiadas en el mundo (UN Women s/f).

IV. ¿Hacia una respuesta jurídica sensible al género para la migración climática?

En la actualidad, el fenómeno de la migración climática aún no está suficientemente regulado por el Derecho internacional (Behrman & Kent 2018), por diversos motivos. Uno de ellos es la relativa novedad del desplazamiento de población por los efectos devastadores del cambio climático; otro, porque la mayoría de estos desplazamientos se producen dentro de las fronteras de los Estados, generalmente a corta distancia, de zonas rurales a las urbanas y, por lo tanto, están bajo

jurisdicción del derecho interno; y, además, estos movimientos se producen en los países más empobrecidos, principalmente del Sur Global, donde los efectos del cambio climático interactúan con otros factores políticos, económicos y sociales.

Aun considerando la relativa novedad de esta realidad, hay personas que cruzan fronteras internacionales por los efectos de la degradación ambiental y climática. No obstante, según la Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, enmendada por su Protocolo de 1967, las personas "refugiadas climáticas" o las "refugiadas ambientales" no están jurídicamente reconocidas y, por lo tanto, no están protegidas por el estatuto del refugio. De acuerdo con el Derecho internacional sobre el estatuto de los refugiados, las personas afectadas por el cambio climático pueden solicitar asilo o estatus de refugiado solo si pueden demostrar que la razón principal por la que huyen de su país de origen, cruzando fronteras internacionales, es que enfrentaron o tienen motivos para temer persecución futura por motivos de raza, religión, nacionalidad, opinión política o pertenencia a un determinado grupo social.

Si bien es cierto que la migración climática no está protegida por la Convención de Ginebra, la situación que viven muchas mujeres en contextos donde el cambio climático interactúa con otros factores, incrementa el riesgo de sufrir violencia de género por daños físicos, sexuales, mentales o económicos, así como la amenaza de otros tipos de violencia, coacción o privación de libertad. Por ello, a pesar de la falta de regulación jurídica internacional, algunas legislaciones nacionales han incluido la persecución por motivos de género como motivo para obtener la condición de refugiado, ampliando así el ámbito de aplicación de la Convención de Ginebra. Por ejemplo, en España, existe la Ley 12/2009, del 30 de octubre de 2009, sobre derecho de

asilo y protección subsidiaria, que reconoce como causa de asilo la persecución por razón de género u orientación sexual. Por su parte, en Luxemburgo funciona la Ley del 18 de diciembre de 2015 relativa a "*l'Accueil des demandeurs de protection internationale et de protection temporaire*", que reconoce el género en la identificación de la pertenencia a un "grupo social" y como motivo de persecución. Cuando los desastres interactúan con la violencia de género, durante y después del proceso migratorio, las mujeres migrantes pueden ser protegidas bajo el estatuto de la protección subsidiaria u otras medidas de protección humanitaria, como son los permisos humanitarios o de protección temporal. Sin embargo, nuevamente el inconveniente es que para que una persona sea reconocida como refugiada debe haber sufrido un temor fundado y demostrarlo. Por lo tanto, la carga de la prueba recae sobre quienes individualmente sufren persecución o temen ser perseguidos por las causas antes mencionadas (Borràs 2022).

En este sentido, cabe indicar que se han logrado algunos avances en varios marcos normativos e iniciativas intergubernamentales para proporcionar la protección de los derechos de las personas en movimiento por desastres ambientales y climáticos, ya sean desplazadas dentro del territorio de un Estado o bien cruzando fronteras internacionales e incluso incorporando la perspectiva sensible al género (Borràs 2022).

Un hito significativo, en este sentido, ha sido la adopción del Acuerdo de París 2015, que es el primer tratado internacional sobre cambio climático que menciona la migración, el género y los derechos humanos. En su Preámbulo, reconoce que

(...) el cambio climático es una preocupación común de la humanidad, [y que] las Partes deberían, al tomar medidas para abordar el cambio climático, respetar, pro-

mover y considerar sus respectivas obligaciones en materia de derechos humanos, el derecho a la salud, los derechos de los pueblos indígenas, comunidades locales, migrantes, niños, personas con discapacidad y personas en situación de vulnerabilidad y el derecho al desarrollo, así como la igualdad de género, el empoderamiento de la mujer y la equidad intergeneracional (§11, pág. 21).

Asimismo, el párrafo 5 del artículo 7 del Acuerdo de París “reconoce que la acción de adaptación debería seguir un enfoque (...) que tenga en cuenta las cuestiones de género» y el párrafo 2 del artículo 11 menciona que «el fomento de la capacidad debería ser (...) un proceso que tenga en cuenta las cuestiones de género”.

Esta referencia está alineada con otros instrumentos internacionales también adoptados en 2015: el Marco de Sendai para la Reducción del Riesgo de Desastres (ONU 2015) o la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible (A/RES/70/1), que tratan la migración como una estrategia positiva de adaptación y desarrollo.

En todos estos instrumentos internacionales se reconoce la necesidad de una acción intersectorial y coordinada para hacer frente a los retos diversos y específicos de cada región que plantea la movilidad humana en el contexto de las catástrofes y el cambio climático.

En términos de género y cambio climático, en la COP 25 las Partes acordaron un programa de trabajo de 5 años sobre género y su plan de acción de género (Decisión 3/CP.25).

También es relevante mencionar que, entre 2020 y 2021, de los 87 Estados Parte del Acuerdo de París que reportaron sus compromisos climáticos a través de “Contribuciones determinadas a nivel nacional”, el 29% (es decir, 25 Estados) incluyeron referencias a la movilidad humana relacionada con el cambio

climático y la perspectiva de género (FCCC/PA/CMA/2021/8).

Además, la decisión que acompaña al Acuerdo de París (FCCC/CP/2015/10/Add.1) estableció un Grupo de Trabajo sobre Desplazamiento (TFD), en el marco del “Mecanismo Internacional de Varsovia para Pérdidas y Daños asociados con los Impactos del Cambio Climático”. Su objetivo principal es desarrollar recomendaciones para evitar, minimizar y abordar el desplazamiento relacionado con los impactos adversos del cambio climático de conformidad con el artículo 8 del Acuerdo de París. En su segundo plan de trabajo, el TFD incluye, como una de las 22 actividades, el desarrollo de la recopilación de datos desagregados en función de la migración de género.

La Declaración de Nueva York para Refugiados y Migrantes (2016), el Pacto Mundial sobre Refugiados (2018, A/RES/73/151) y Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular reconocen también el cambio climático como un motor de la migración. A pesar de ser instrumentos internacionales no jurídicamente vinculantes marcan una tendencia político-jurídica relevante en la visibilización de este fenómeno migratorio.

El Pacto Mundial sobre Refugiados no solo reconoce la necesidad de proteger el desplazamiento forzado ambiental, sino que también pone especial énfasis en la perspectiva de género. Como parte del Programa de Acción, la sección sobre “Satisfacer las necesidades y apoyar a las comunidades” (§74) dedica especial referencia a las mujeres y las niñas. Reconoce que pueden experimentar barreras particulares relacionadas con el género que requieren la adaptación de las respuestas en el contexto de grandes situaciones de refugiados. En este sentido, se solicita a los Estados y partes interesadas relevantes que busquen adoptar e implementar políticas y programas para empoderar a las mujeres y las niñas en las comunidades de refugiados y de acogida,

y promover el pleno disfrute de sus derechos humanos, así como la igualdad de acceso a los servicios y oportunidades.

El Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular de 2018 incluye entre sus objetivos asegurar que “las personas afectadas por desastres naturales repentinos y de evolución lenta (...) tengan acceso a una asistencia humanitaria que satisfaga sus necesidades esenciales con pleno respeto de sus derechos dondequiera que se encuentren” (§18.k) y reconoce que “la adaptación (a las perturbaciones ambientales) en el país de origen es una prioridad” (§18.i).

En el año anterior a los mencionados Pactos, concretamente en junio de 2017, se adoptaron dos importantes resoluciones desde Naciones Unidas: la Resolución del ECOSOC E/2017/L.24 sobre “Refuerzo de la coordinación de la asistencia humanitaria de emergencia asistencia humanitaria de emergencia de las Naciones Unidas”, que alienta a todos los actores pertinentes a reforzar los esfuerzos destinados a atender las necesidades de las personas desplazadas en el contexto de los desastres, incluidos los inducidos por el cambio climático. Y la Resolución HRC/35/L.32 del Consejo de Derechos Humanos, donde se reconoce que el género, entre otros factores como la situación geográfica, la pobreza, la edad, la condición de indígena o minoría, el origen nacional o social, el lugar de nacimiento o cualquier otra condición y la discapacidad generan situaciones de vulnerabilidad para muchas personas en el mundo. Asimismo, considerando estas vulnerabilidades las resoluciones piden una mejor y mayor protección de los migrantes y de las personas desplazadas a través de las fronteras internacionales en el contexto de los efectos adversos del cambio climático, que son las más desprotegidas en relación a las personas desplazadas internas. También se hace énfasis en la igualdad de género y al empoderamiento de la mu-

jer en estos procesos. Finalmente, el Consejo de Derechos Humanos

Exhorta a los Estados a que integren una perspectiva de género al idear medidas de mitigación y adaptación frente a los efectos adversos que tiene el cambio climático en el disfrute pleno y efectivo de los derechos humanos, incluidos los de los migrantes y las personas desplazadas a través de fronteras internacionales en el contexto de los efectos adversos del cambio climático.

En diciembre de 2017, la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó la Resolución A/RES/72/132 sobre “La cooperación internacional en materia de asistencia humanitaria en el ámbito de las catástrofes naturales, desde el socorro hasta el desarrollo” donde también se reconoce el desplazamiento humano por desastres, alentando a los Estados a reducir los riesgos de desplazamiento por desastres y a incorporar una perspectiva de género todas las políticas, en la planificación y la financiación, incluyendo todos los aspectos relativos a las respuestas humanitarias.

Particularmente importante en términos de migración climática internacional es la decisión adoptada en 2020 por el Comité de Derechos Humanos (CCPR) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966. Aunque no es jurídicamente vinculante en sí misma y no se centra especialmente en cuestiones de género, la decisión del CCPR reviste de autoridad normativa, puesto que constituye una extensión interpretativa de los derechos humanos y puede contribuir a ampliar el alcance de la protección de los migrantes climáticos, en general, y de las mujeres, en particular.

La decisión surgió a partir de una solicitud del Sr. Ioane Teitiota (Caso n.º 2727/2016, sentencia de 24 de octubre de 2019), ciudadano de las Islas Kiribati, con el fin de que se

le reconociera su derecho de asilo político en Nueva Zelanda, por considerar que el aumento del nivel del mar en la zona del Pacífico, producido por el cambio climático, ponía en peligro su supervivencia y la de su familia en la isla de Tarawa, donde el demandante vivía con su familia.

Al valerse de la obligación de no devolución, que consiste en que ningún Estado puede expulsar, devolver o extraditar a una persona a otro Estado cuando existan motivos fundados para creer que correría el riesgo de ser perseguida o sufrir daños graves, el CCPR afirmó que los países no pueden deportar a las personas que enfrentan condiciones inducidas por el cambio climático que violan el derecho a la vida (Comité de Derechos Humanos 2020), por ser una situación equiparable a un trato cruel, inhumano y/o degradante. Este razonamiento, que amplía el principio de no devolución y redefinición de los requisitos legales en contextos de impactos del cambio climático, se fundamenta en los derechos humanos contenidos en el art. 6-7 PIDCP, la Convención de 1984 contra la Tortura y el derecho a un medio ambiente seguro, limpio, sano y sostenible (A/HRC/RES/48/13; A/RES/76/300).

Este argumento también podría usarse para abarcar nuevas vías legales para proteger a las mujeres que se desplazan debido a los impactos del cambio climático y enfrentan riesgos adicionales debido a su género. Bajo estas circunstancias, ningún Estado podría devolver una mujer que ha sido desplazada debido a desastres, si se demuestra que su vida está en extremo riesgo en su país de origen, no solo por los impactos climáticos existentes, sino también porque experimentó desigualdades de género, lo que aumentó su vulnerabilidad al cambio climático (A/HRC/RES/10/4). En particular, porque la evidencia muestra que las diferentes formas de violencia de género tienden a aumentar durante y des-

pués de los desastres, incluso en el contexto de la migración y el desplazamiento relacionados con el clima (Le Masson, Lim, Budimir, Podboj 2016).

La extensión de la obligación de no devolución, en el caso de las mujeres migrantes climáticas, estaría más que justificada cuando la discriminación de género, como forma de violencia de género, conduce a una exposición diferencial a los efectos del cambio climático, reduciendo las capacidades de resiliencia y comprometiendo el derecho a la vida en origen y durante todo el proceso migratorio (A/HRC/RES/10/4).

En este sentido, si bien el cambio climático es el principal impulsor de la migración, la discriminación de género y la violencia de género aumentan las vulnerabilidades y exponen a las mujeres de manera diferente a la de otros migrantes, constituyendo, sobre las causas ginebrinas, un grupo social determinado y afectado por un acto de persecución basado en el género. Si bien el Comité no introduce el tema de género, afirma que el derecho a la vida debe interpretarse en sentido amplio, de conformidad con su Observación general N° 6 (1982) sobre el derecho a la vida, que según el Consejo de Derechos Humanos (CDH) depende del derecho a un medio ambiente seguro, limpio, sano y sostenible (A/HRC/RES/48/13; A/76/L.75). El CCPR, en base a un caso anterior- “Portillo Cáceres et al contra Paraguay” (CCPR/C/126/D/2751/2016)-, afirma que “(...) una interpretación restrictiva no transmite adecuadamente el concepto completo del derecho a la vida”. Como se declaró también en el caso del CCPR “Warda Osman Jasim c. Dinamarca” (CCPR/C/114/D/2360/2014), esto incluye considerar aquellas circunstancias en las que las condiciones de vida comprometen los estándares humanos básicos que dan lugar a la prohibición de no devolución, de acuerdo con el artículo 7 del Pacto Internacional

de Derechos Civiles y Políticos, con el fin de proteger efectivamente la integridad personal y la dignidad de la persona afectada por una orden de devolución.

Además, esta interpretación sigue la CCPR Observación General N° 36 (2018) sobre el derecho a la vida, según la cual “(...) la degradación ambiental, el cambio climático y el desarrollo insostenible constituyen algunas de las amenazas más apremiantes y graves a la capacidad de las generaciones presentes y futuras para disfrutar del derecho a la vida”. En consecuencia, “(...) [l]as obligaciones de los Estados partes en virtud del derecho ambiental internacional deben así informar el contenido del artículo 6 del Pacto (...)”.

En este Comentario General, el CCPR argumenta que se debe dar especial consideración a las mujeres y niñas en situaciones de degradación ambiental, ya que puede dar lugar a amenazas directas a la vida o impedirles disfrutar de su derecho a la vida con dignidad bajo Artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En particular, afirma: “Las protecciones legales del derecho a la vida deben aplicarse por igual a todas las personas y brindarles garantías efectivas contra todas las formas de discriminación, incluidas las formas múltiples e interseccionales de discriminación”.

En términos de perspectiva de género, esto está conectado con la Recomendación general N° 37 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, titulada “Dimensiones relacionadas con el género de la reducción del riesgo de desastres en el contexto del cambio climático”. Esta recomendación recuerda la obligación de los Estados de “(...) garantizar que todas las políticas, leyes, planes, programas, presupuestos y otras actividades relacionadas con la reducción del riesgo de desastres y el cambio climático tengan en cuenta las cuestiones de género y se guíen por los principios basados en los derechos

humanos”, dando prioridad a los grupos más marginados de mujeres y niñas, “(...) como mujeres desplazadas internas, apátridas, refugiadas, solicitantes de asilo y migrantes”, tal y como había solicitado el Consejo de Derechos Humanos (CDH 2018b). En virtud de esta obligación, los Estados podrían promover y reforzar la extensión de la obligación de no devolución a la migración climática desde una perspectiva de género, considerando el riesgo real de daño climático y violencia de género en el retorno, donde las mujeres enfrentan situaciones particularmente vulnerables, constituyendo un grupo social afectado por la persecución y violación en base al género.

En efecto, tal y como evidencia el CDH, la implicación, que tiene esta realidad y su desprotección, sobre los derechos humanos es muy importante. Por ello, desde 2008, el CDH ha abordado la relación entre el cambio climático y los derechos humanos (A/HRC/10/61), en particular aquellos impactos que afectan a la población que ya se encuentra en situación de vulnerabilidad (A/HRC/7/23 y A/HRC/10/4). Por ello, es significativo resaltar que, en su 50ª sesión ordinaria, celebrada del 13 de junio al 8 de julio de 2022, el CDH ha abordado el cambio climático como un fenómeno que aumenta las violaciones de los derechos de las mujeres y las niñas. En particular, ha abordado la migración climática como una situación que expone a las mujeres y las niñas a un riesgo aún mayor de violencia.

Asimismo, como resultado de esta sesión del CDH, el nuevo Relator Especial para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos en el Contexto del Cambio Climático presentó su primer informe al Consejo (A/HRC/50/39) de acuerdo con la Resolución 48/14 del Consejo. El Relator Especial asumió su mandato el 1 de mayo de 2022 y en este primer informe, el desplazamiento climático se presenta como una de las prioridades de su mandato. En concreto, el Relator Especial

menciona que la prioridad será abordar "(...) las implicaciones de los desplazamientos por el cambio climático en materia de derechos humanos, incluida la protección jurídica de las personas desplazadas a través de las fronteras internacionales". Se espera que este trabajo se presente en la 53ª sesión del Consejo de Derechos Humanos en junio de 2023.

Se trata de un anuncio bienvenido en respuesta al actual vacío normativo que deja desprotegidas a tantas personas de todo el mundo que se enfrentan a los efectos del cambio climático, en particular mujeres y niñas, entre otros grupos vulnerables. De hecho, en este informe, el Relator Especial menciona que actualmente hay 84 millones de personas desplazadas por la fuerza en todo el mundo, y que las personas lesbianas, gays, bisexuales, trans y de género diverso son especialmente vulnerables y marginadas. En estos casos, los impactos del cambio climático añaden otra capa de fragilidad interseccional.

En general, tanto la contribución del CCPR como del CDH son muy relevantes en la protección de la migración climática desde una perspectiva sensible al género y pueden tener varias consecuencias jurídicas potenciales. Primero, a nivel internacional, a través de su replicabilidad en los diferentes sistemas regionales de protección de los derechos humanos, a saber, el africano, el americano y el europeo. En segundo lugar, a nivel interno, con la posibilidad de que los Estados amplíen el ámbito de protección de la Convención de Ginebra, aplicando la reinterpretación de la obligación de no devolución para proteger el derecho a la vida considerando la existencia de una discriminación basada en el género en un contexto de cambio climático, donde las condiciones generales de vida están muy por debajo de los estándares mínimos internacionales de los derechos humanos. Estas condiciones caracterizan la determinación de un grupo social perseguido en un contexto

de desastre, lo cual permite, sin modificar la Convención de Ginebra, ampliar la protección, proporcionada por el estatuto de refugiado, vía interpretación extensiva. Esta interpretación ha sido aplicada, por ejemplo, en Chipre, Finlandia, Suecia, Dinamarca e Italia, incluida la posible adopción de políticas y leyes sensibles al género.

Tal y como se ha mencionado anteriormente, la discriminación de género existente sitúa a las mujeres de manera diferente frente a los procesos migratorios climáticos forzados, entrecruzándose con otras vulnerabilidades, lo que requiere políticas y leyes migratorias humanitarias sensibles al género y basadas en los derechos relacionadas con el cambio climático, con el objetivo de respetar, proteger y cumplir los derechos humanos de las mujeres y niñas migrantes, que se enfrentan, de forma desigual, a las perturbaciones generadas por los efectos del cambio climático. Así, es importante abordar las consecuencias migratorias del cambio climático, pero entendiendo que estas personas no sólo huyen del cambio climático, sino de las condiciones climáticas que determinan o son determinadas por la persecución y la exclusión socioeconómica, en territorios donde existe un preocupante debilitamiento de los derechos humanos, basado principalmente en la discriminación por orientación sexual e identidad de género. Por ello, es imprescindible insertar medidas sensibles al género en las políticas y legislaciones, en general, pero particularmente en aquellas relativas al cambio climático (mitigación, adaptación y pérdidas y daños) y al movimiento de personas.

V. Reflexiones finales

Proteger los derechos humanos contra la discriminación sistémica, la desigualdad y la violencia basada en el género, particularmente de las mujeres y las niñas, es fundamental en

todo momento, pero más particularmente en situaciones de desplazamiento forzado, incluidas aquellas que se producen en un contexto de impacto climático severo que exacerban las violaciones de los derechos de las mujeres.

La decisión del CCPR, a pesar de no ser jurídicamente vinculante, ha abierto la posibilidad de interpretar el alcance de la protección internacional de acuerdo con las circunstancias que enfrentan los migrantes climáticos, ya que reconoce que los países no pueden deportar a las personas que enfrentan condiciones inducidas por el cambio climático que violan su derecho a la vida. Esta decisión debe interpretarse en conjunto con los razonamientos del CDH y con las recomendaciones del Comité CEDAW, que fortalecieron la obligación de no devolución en situaciones donde la discriminación contra las mujeres socava su capacidad para enfrentar los impactos del cambio climático y compromete el derecho a la vida. Estos argumentos por sí solos, sin modificar la Convención de Ginebra, serían suficientes para extender la protección humanitaria a los migrantes climáticos, integrando respuestas sensibles al género a través de implementación del principio de no devolución.

En consecuencia, la evaluación de la situación individual, la vulnerabilidad, los riesgos e impactos climáticos y las condiciones generales de vida, considerando en particular las de las mujeres, son relevantes para determinar si el derecho a no ser sometido a tratos crueles, inhumanos o degradantes y el derecho a la vida están suficientemente garantizados.

En un futuro seguramente cercano, a medida que los impactos del cambio climático induzcan a más personas a migrar (en especial cuando las poblaciones del Norte Global se vean afectadas) es probable que el desarrollo normativo de la Convención de Ginebra y la aplicación del principio de no devolución para proteger a las personas migrantes climáticas desempeñen un papel relevante. Sin

duda, esto requiere respuestas jurídico-políticas innovadoras, que permitan adaptar los marcos jurídicos existentes relativos al refugio y a la migración a los retos humanitarios generados por el cambio climático, integrando el reconocimiento de los contextos de vulnerabilidades interseccionales que enfrentan diversos grupos sociales (el “Derecho de la vulnerabilidad”), así como las medidas sensibles al género, con el fin de proteger adecuadamente los derechos de las mujeres y niñas migrantes. En consecuencia, las respuestas jurídicas deben permitir el reconocimiento de esta realidad y la articulación de medidas de protección internacional con carácter humanitario sensibles al género, a través de permisos y visados humanitarios, así como el establecimiento de corredores humanitarios que permitan una protección integral adecuada para las mujeres migrantes, no solo en destino, sino también en tránsito.

Referencias:

Alston, Margaret. 2014. “Gender mainstreaming and climate change”. *Women's Studies International Forum* 47(B): 287-294.

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR). 2009. *Desplazamiento forzado en el contexto del cambio climático: Desafíos para los Estados en virtud del derecho internacional*, Sexta reunión del Grupo de Trabajo Especial sobre la cooperación a largo plazo en el marco de la Convención, 20 de mayo de 2009.

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR). 2018. *UNHCR Policy on age, gender and diversity*, pp. 1-24.

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR). 2022. *Global Report 2021*. Consultado 12 de agosto de

2022: <https://reporting.unhcr.org/globalreport2021/>

Anand, Ruchi. 2004. *International Environmental Justice: A North-South Dimension*, Ashgate, p. 1.

Arora-Jonsson, Seema. 2011. "Virtue and vulnerability: Discourses on women, gender and climate change", *Global Environmental Change* 21(2): 744-751.

Asamblea General de las Naciones Unidas. 2015. Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development, Resolución adoptada por la Asamblea General de 25 de septiembre 2015, Doc. A/RES/70/1, §29.

Behrman, Simon, Kent, Avidan. 2018. *Climate Refugees: Beyond the Legal Impasse*, London: Routledge.

Benveniste, Hélène, Michael, Oppenheimer, Marc, Fleurbaey. 2022. "Climate change increases resource-constrained international immobility". *Nature Climate Change*, 12: 634–641. Consultado: 12 de agosto de 2022. <https://www.nature.com/articles/s41558-022-01401-w>

Borràs, Susana. 2022. "Climate migration from a gender perspective: Legal avenues to address invisibility", ADiM Blog, Analyses & Opinions. Consultado: 1 de noviembre de 2022. <https://www.adimblog.com/2022/09/30/climate-migration-from-a-gender-perspective-legal-avenues-to-address-invisibility/>.

Borràs, Susana. 2021. *Flujos migratorios y refugiados climáticos*. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia – UNED. Consultado: 12 de agosto de 2022. [http://e-spacio.uned.](http://e-spacio.uned.es/fez/view/bibliuned:EuropeanClimateLawPapers-2021-005)

[es/fez/view/bibliuned:EuropeanClimateLawPapers-2021-005](http://e-spacio.uned.es/fez/view/bibliuned:EuropeanClimateLawPapers-2021-005)

Castillo, Jesús. M. 2011. *Migraciones ambientales. Huyendo de la crisis ecológica en el siglo XXI*. Bilbao: Virus editorial.

Chindarkar, Namrata. 2012. "Gender and climate change-induced migration: proposing a framework for analysis". *Environmental Research Letters*, 7(2): 025601.

CMW, CEDAW, UN Women, OHCHR. 2016. *Addressing gender dimensions in large-scale movements of refugees and migrants*. Consultado: 12 de agosto de 2022. https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/HRBodies/CEDAW/JointStatement_CEDAW-CMW_AsAdopted19.09.pdf.

Committee on the Elimination of Discrimination against Women General (CEDAW). 2018. Recommendation No. 37 on Gender-related dimensions of disaster risk reduction in the context of climate change, CEDAW/C/GC/37.

Consejo de Derechos Humanos (CDH). 2018a. *Report of the Special Rapporteur on the issue of human rights obligations relating to the enjoyment of a safe, clean, healthy and sustainable environment*, A/HRC/37/59, p. 7.

Consejo de Derechos Humanos (CDH). 2018b. *Human rights and climate change*, A/HRC/RES/38/4.

Consejo de Derechos Humanos (CDH). 2019a. Analytical study on gender-responsive climate action for the full and effective enjoyment of the rights of women, Resolution A/HCR/41/26. Consultado: 12 de agosto de 2022. <https://undocs.org/pdf?symbol=es/A/HRC/41/26>.

Consejo de Derechos Humanos (CDH). 2019b. *Estudio analítico sobre una acción climática que responda a las cuestiones de género para el disfrute pleno y efectivo de los derechos de la mujer*, 1 mayo 2019. Res. A/HRC/41/26. Consultado: 12 de agosto de 2022. <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G19/120/16/PDF/G1912016.pdf?OpenElement>

Crenshaw, Kimberle. 1989. "Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics". University of Chicago Legal Forum, 1: 139-167.

FAO. 2011. *The State of Food and Agriculture* 2010-11: 2.

Felipe, Beatriz. 2021. *Migraciones Climáticas: avances en el reconocimiento, la protección jurídica y la difusión de estas realidades*, Madrid: Plataforma de Desplazamientos y Migraciones Climáticas.

Fothergill, Alice. 1996. "Gender, risk and disaster". International Journal of Mass Emergencies and Disasters, 14(1): 33-56.

Gottardo, Carolina, Cymment, Paola. 2019. "The Global Compact for Migration: what could it mean for women and gender relations?" Gender & Development, 27(1):67-83.

Human Rights Committee. 2020. International Covenant on Civil and Political Rights, "Views adopted by the Committee under article 5 (4) of the Optional Protocol, concerning communication No. 2728/2016", CCPR/C/127/D/2728/2016, January 7, 2020.

Hunter, Lori M., David, Emmanuel. 2009. *Climate change and migration: Considering*

the gender dimensions, University of Colorado, Boulder: Institute of Behavioral Science.

IDMC. 2021. *Global Report on Internal Displacement 2020*, Geneva: Internal Displacement Monitoring Centre.

IDMC. 2022. *Global Report on Internal Displacement 2021*, Geneva: Internal Displacement Monitoring Centre.

Intergovernmental Panel on Climate Change (IPCC). 1990. Impacts Assessment, Climate Change, Report prepared for IPCC by Working Group 11. Consultado: 12 de agosto de 2022. <http://www.ipcc.ch/ipccreports/far/wgII/ipccfar-wgIIfull-report.pdf>.

Intergovernmental Panel on Climate Change. 2014. *Climate change 2014: Impacts, adaptation and vulnerability. Summary for policymakers*. Consultado: 12 de agosto de 2022. <https://www.ipcc.ch/report/ar5/wg2/>.

Intergovernmental Panel on Climate Change. 2019a. *IPCC Special Report on climate change, desertification, land degradation, sustainable land management, food security, and greenhouse gas fluxes in terrestrial ecosystems*. Final Government Distribution. Geneva: Intergovernmental Group of Experts on Climate Change

Jones, Nicola, Presler-Marshall, Elisabeth. 2012. "Governance and poverty eradication: applying a gender and social institutions perspective". Public Administration & Development 32: 371.

Keane, David. 2004. "The Environmental Causes and Consequences of Migration: A Search for the Meaning of Environmental Refugees". Georgetown International Environmental Law Review, 16: 210-224.

Lama, Phudoma, Hamza, Mo, Wester, Misse. 2021. "Gendered dimensions of migration in relation to climate change". *Climate and Development*, 13 (4): 326-336.

Le Masson, Virgine, Sheri Lim, Miriana Budimir, Jasna Selih Podboj. 2016. *Disasters and violence against women and girls: can disasters shake social norms and power relations?*, London: Overseas Development Institute.

Organización de las Naciones Unidas (ONU). 2015. Resolución aprobada por la Asamblea General 69/283. "Marco de Sendai para la Reducción del Riesgo de Desastres 2015-2030, 23 junio 2015, Doc. A/RES/69/283.

Organización de las Naciones Unidas (ONU). 2018. Resolución aprobada por la Asamblea General 73/195 "Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration", 19 diciembre 2018, Doc. A/RES/73/195.

Organización de las Naciones Unidas (ONU). 1951. Convention relating to the Status of Refugees (adopted on July 28, 1951, entered into force on April 22, 1954) 189 UNTS 137.

Organización de las Naciones Unidas (ONU). 1967. Protocol relating to the Status of Refugees (adopted January 31, 1967, entered into force October 4, 1967) 606 UNTS 267.

Organización Internacional para las Migraciones (OIM). 2019. *Glossary on Migration*. Ginebra: Organización Internacional para las Migraciones.

Organización Internacional para las Migraciones (OIM). 2020. *World Migration Report 2020*, Geneva: IOM Publications.

Organización Internacional para las Migraciones (OIM). 2022. *World Migration Report 2022*, Geneva: IOM Publications.

Organización Internacional para las Migraciones (OIM). *s/f. Gender, migration, environment and climate change*. Consultado: 12 de agosto de 2022. <https://environmentalmigration.iom.int/gender-migration-environment-and-climate-change>.

Pentlow, Sarah, 2020. "La visión de los indígenas sobre las cuestiones de género, el poder y los desplazamientos relacionados con cuestiones climáticas". *Revista de Migraciones Forzadas*, 64: 23-26.

Pittaway, Eileen, Rees, Susan. 2006. *Multiple Jeopardy: Domestic Violence and the Notion of Cumulative risk for Women in Refugee Camps. Women against Violence: An Australian Feminist Journal*, (18): 18-25.

Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente. 2016. *Gender equality and the environment. Policy and Strategy*. Consultado: 12 de agosto de 2022. [https://wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/7655/-Gender equality and the environment Policy and strategy-2015Gender equality and the environment policy and strategy.pdf?sequence=3&isAllowed=y](https://wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/7655/-Gender%20equality%20and%20the%20environment%20Policy%20and%20strategy-2015Gender%20equality%20and%20the%20environment%20policy%20and%20strategy.pdf?sequence=3&isAllowed=y)

Ramachandran, Sujata. 2005. *Indifference, impotence and intolerance: transnational Bangladeshis in India. Global Migration Perspectives*, Geneva: Global Commission on International Migration.

Red2Red. 2020. *Género y Cambio Climático. Un diagnóstico de situación*, Madrid: Catálogo de publicaciones de la Administración General del Estado. Consultado: 12 de agosto de 2022. <https://www.inmujeres.gob.es/dise->

[no/novedades/Informe_GeneroyCambioClimatico2020.pdf](#).

Roberts, Adam. 1998. "More Refugees, less Asylum: A Regimen in Transformation". *Journal of Refugee Studies*, 11 (4): 375-395.

Šedová, Barbora, Lucia Čizmaziová, Athene Cook. 2021. "A Meta-Analysis of Climate Migration Literature." CEPA Discussion Paper No. 29. Center for Economic Policy Analysis, University of Potsdam. Consultado: 21 de agosto de 2022. <https://publishup.uni-potsdam.de/frontdoor/index/index/docId/49982>.

Simpkins, Grapham. 2022. "Low income population groups trapped". *Nature Review Earth Environment*, 3: 496.

Sinclair-Blakemore, Adeana. 2020. "Teitiota v New Zealand: A Step Forward in the Protection of Climate Refugees under International Human Rights Law?". Oxford Human Rights Hub. Consultado: 12 de agosto de 2022. <https://ohrh.law.ox.ac.uk/teitiota-v-new-zealand-a-step-forward-in-the-protection-of-climate-refugees-under-international-human-rights-law/>

Terry, G. (ed.). 2009. *Climate Change and Gender Justice. Practical Action*, London: Publishing in Association with Oxfam GB, Rugby.

The Forced Migration Research Network. 2018. *The world's biggest minority? Refugee Women and Girls in the Global Compact on Refugees*, University of New South Wales: Australia. Consultado: 12 de agosto de 2022. www.unhcr.org/writtencontributions.

UICN. 2020. *Vínculos entre la violencia de género y el medio ambiente*. Gland: Unión Internacional para la Conservación de la Na-

turalaza. Consultado: 12 de agosto de 2022. <https://portals.iucn.org/library/node/49098>.

UN Women. 2022. *Explainer: How gender inequality and climate change are interconnected*. Consultado 3 de agosto de 2022: <https://www.unwomen.org/en/news-stories/explainer/2022/02/explainer-how-gender-inequality-and-climate-change-are-interconnected>.

UN Women. s/f. *Women refugees and migrants*. Consultado 3 de agosto de 2022: <https://www.unwomen.org/en/news/in-focus/women-refugees-and-migrants>

United Nations Development Programme (UNDP). 2016. *Overview of linkages between gender and climate change*, pp. 1-8.

United Nations Global Migration Group (GMG). 2018. *Principles and Guidelines supported by practical guidance, on the human rights protection of migrants in vulnerable situations*, Geneva: UN OHCHR/GMG. Consultado 12 de agosto de 2022: <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Migration/PrinciplesAndGuidelines.pdf>.

United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC). 2020. *Informe Global sobre Trata de Personas 2020*. Consultado 12 de agosto de 2022: https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/tip/2021/GLOTiP_2020_15jan_web.pdf

Webb, Jon. 2016. *Gender dynamics in a changing climate: how gender and adaptive capacity affect resilience*, Nairobi: CARE Climate change.

WEDO. 2022. *Women's Participation in the UNFCCC: 2022 Report*. Consultado 12 de agosto de 2022: <https://wedo.org/womens-participation-in-the-unfccc-2022-report/>.

“Brasil ka ubanoko”*

Ela Wiecko V. de Castilho

Fiscal general adjunta de la República Federativa de Brasil, Ministerio Público Federal (MPF). Doctora en Derecho por la Universidad Federal de Santa Catarina (UFSC). Profesora de Grado y Postgrado en la Universidad de Brasilia (UnB), coordina el Grupo de Derechos Étnicos Moitará.

I. Introducción

En este artículo se analizará el fenómeno del desplazamiento de pueblos originarios del territorio de la República Bolivariana de Venezuela hacia la República Federativa de Brasil, a partir de 2014. Entre estos pueblos, se destacará al pueblo Warao. Además, se hará foco en las respuestas proporcionadas por el Estado brasileño, organismos internacionales de la ONU y organizaciones no gubernamentales, destacando las actuaciones de la Defensoría Pública de la Unión (DPU) y del Ministerio Público Federal (MPF) en la protección de los derechos humanos de estas poblaciones vulnerables.

Por otra parte, se abordará también el marco legal relativo al refugio, la migración y la política de asistencia humanitaria de emergencia. Esta política, que se ha prolongado por más de cinco años, está centrada en el refugio e ignora, por un lado, el derecho a la consulta libre, previa e informada establecida en la Convención 169 de la OIT y, por otro lado, el diálogo intercultural efectivo. Por último, se resaltaré el protagonismo de los pueblos Warao, Pemon, E'ñepa y Ka'riña para

* Denominación contemporánea que el pueblo Warao ha construido y agregado a su idioma para referirse al “lugar de refugio” (Lima, Carmen, et al 2020, p.10).

asegurar su reproducción física y cultural y se presentará una reflexión sobre el impacto de la presencia de estos pueblos en Brasil en el reconocimiento del derecho a la movilidad a todos los pueblos originarios, sin perjuicio de sus derechos culturales.

II. ¿Por qué hemos llegado aquí?

A partir de 2014, en el flujo migratorio desde la República Bolivariana de Venezuela a Brasil, han sido identificados tres pueblos indígenas: Warao, Eñepa y Pemón, así como también personas del pueblo Ka'riña casadas con indígenas de estos grupos étnicos. Todos ellos son hablantes de su lengua materna y del idioma español, aunque con relación a este último existen diferentes niveles de dominio¹.

Los Warao ocupan tradicionalmente una vasta región que abarca el delta del Orinoco (en el estado venezolano de Delta Amacuro), pero también se encuentran en estados vecinos. Además, circulan por la región transfronteriza con la Guyana. En 2011, según el censo del Instituto Nacional de Estadística de Venezuela, había 48.771 Warao en el país, lo que representaba el 6,73% de su población indígena total. En 2019, según lo estimado por ACNUR (2019, 17), eran cerca de 49 mil personas, computados los que estaban en situación de tránsito, emigración y/o refugio.

El pueblo Warao no pertenece a ninguna de las diversas etnias presentes en territorio brasileño, ni tiene relación de parentesco con ellas. El pueblo Pemón es transfronterizo, tiene su territorio tradicional en Venezuela (Estado de Bolívar) y en Brasil (Estado de Roraima), donde es conocido como pueblo Taurepang.

En la reducida extensión de un artículo es imposible poner todas las informaciones relati-

vas a esta movilidad en curso, en especial la de los Warao, que representa una experiencia impresionante de resistencia étnica. Me baso en el estudio de K'Okal (2020) para, de forma sintética, contextualizar la llegada de los Warao y de otros pueblos del Delta del Orinoco a Brasil. Es importante registrar que, según el antropólogo Renato Athias (2020), el proceso de migración de los Warao desde la Amazonía hacia la costa brasileña ya ha sido vivido por otros pueblos.

K'Okal (2020, 86-87) analiza la migración Warao en dos niveles. En un primer nivel, considera el marco general de la emigración venezolana, que alcanza su punto culminante en los años 2017-2018 y evidencia que la carencia de alimentos y salud fueron la razón principal del éxodo Warao. En un segundo nivel, el autor reconstruye el proceso histórico de la migración transnacional Warao como un proceso en el que diferentes factores fueron vulnerabilizando y marginalizando a esta la población, llevándolos a no tener otra opción que la de migrar. Desde esta perspectiva histórica se distinguen tres momentos:

el cierre del caño Manamo en 1965, el cierre de las empresas madereras y palmiteras en 1980-81, y el desarrollismo estatal de 2005-2013. Si en momentos anteriores la crisis se resolvía con expediciones a ciudades venezolanas (Lafée-Wilbert & Wilbert 2008), ahora tal estrategia no sería rentable. Así comienzan las migraciones indígenas transnacionales (K'Okal 2020, 87).

En conclusión, los dos niveles de análisis nos conducen a entender que estamos delante de una migración forzada. La salida del territorio ancestral es una estrategia de supervivencia. K'Okal (2020, 87) lo resume con una frase que escuchó en su observación participante: *“si nos arrebatan las condiciones de vida aquí, vamos a otro lugar a crear condiciones de vida; pero resistimos a morir”*.

¹ Existen divergencias sobre la familia lingüística de la lengua Warao. La de los otros pueblos referidos pertenecen al tronco lingüístico Karibe.

Según datos de ACNUR (2020), en Brasil hay 5.544 Warao sobre un total de 8.118 indígenas provenientes de Venezuela. Actualmente, encontramos familias Warao, en tránsito o con residencia fija, en prácticamente todos los estados de la federación brasileña. Según ACNUR (2021), hay presencia de este pueblo en 75 ciudades distribuidas en 23 estados. Del primer circuito -Roraima, Amazonas y Pará (norte del país)- los Warao siguieron hacia la región noroeste, centro-oeste, sureste y sur. Hoy podemos encontrarlos en Rondônia y Acre, estados fronterizos con Bolivia, y en Rio Grande do Sul, estado frontera con Argentina y Uruguay.

III. La regularización migratoria

Los Warao tienen nacionalidad venezolana. Para entrar y permanecer en territorio brasileño están sujetos a controles, establecidos por ley y normas complementarias.

Cuando los Warao comenzaron a ingresar a Brasil, por la frontera del estado de Roraima, en 2014, estaba en vigor la ley 6.815, de 1980, conocida como Estatuto del Extranjero. También estaba (y sigue estando) vigente la ley 9.474, de 1997, que contempla en su definición de refugiado tanto las definiciones básicas de refugio (de la Convención de Ginebra de 1951) como las ampliadas, según el marco regional establecido en Cartagena. Así, reconoce como persona refugiada, en el inciso I de su artículo 1º, a todo individuo que “debido a fundados temores de persecución por motivos de raza, religión, nacionalidad, grupo social u opiniones políticas se encuentre fuera de su país de nacionalidad y no quiera o no pueda acogerse a la protección de tal país” o que según su inciso III, “debido a la grave y generalizada violación de derechos humanos, es obligado a dejar su país de nacionalidad para buscar refugio en otro país (Brasil, 1997).

Conforme la legislación mencionada, el no-nacional podrá solicitar reconocimiento como refugiado a cualquier autoridad migratoria que se encuentre en la frontera, la cual le proporcionará las informaciones necesarias en cuanto al procedimiento adecuado. Incluso de forma posterior y aunque el ingreso haya sido irregular. El Comité Nacional para Refugiados (CONARE), órgano colegiado que analiza las solicitudes de reconocimiento de la condición de refugiado en Brasil, reconoció, en junio de 2019, la situación de grave y generalizada violación de derechos humanos en que se encontraba Venezuela, adaptando el procedimiento para facilitar su concesión. Los efectos de la condición de refugiado se extienden a los ascendientes y descendientes, así como a los demás miembros del grupo familiar que de él dependan económicamente que también se encuentren en territorio nacional.

El refugio no atendía a la especificidad de la demanda de los Warao. Los refugiados o solicitantes no pueden volver a su país de origen, so pena de perder su estatus jurídico. Ahora bien, los Warao, en términos generales, no pretenden trasladarse de manera definitiva a Brasil. En un movimiento pendular, viajan a Brasil para vender artesanías y acceder a algún trabajo remunerado y después buscan regresar a Venezuela para ayudar a sus familiares.

Asimismo, durante la vigencia del Estatuto del Extranjero, además del refugio, la única posibilidad legal que tenían las personas en cuestión era la del visado de turista. Este se concedía al extranjero que viniese a Brasil en carácter recreativo o de visita (así se consideraba a aquellas personas que no tuvieran una finalidad migratoria, ni intención de ejercicio de actividad remunerada).

El Estatuto del Extranjero fue sustituido por la ley 13.445, llamada Ley de Migración², que

² Artículo 1º. Esta ley dispone sobre los derechos y los

entró en vigencia el 20 de noviembre de 2017, que dejó de lado la perspectiva de la seguridad nacional en favor del reconocimiento de los derechos humanos universales. La categoría de extranjero fue sustituida por las categorías de “migrante” y “visitante”.

Algunas partes de la ley fueron objeto de veto por parte del presidente de la República, como el §2° artículo 1 que expresaba que “son plenamente garantizados los derechos originarios de los pueblos indígenas y de las poblaciones tradicionales, en especial el derecho a la libre circulación en tierras tradicionalmente ocupadas”. Dicho artículo se enfrentaba a normas establecidas en la Constitución que imponen la defensa del territorio nacional como elemento de soberanía. Antes, no había una regla específica y uniforme sobre la entrada y salida de indígenas por las fronteras, por lo que el veto llamó la atención sobre esta realidad y el fenómeno, que ocurría con cierta tranquilidad, puesto que hay varios pueblos indígenas que habitan el territorio brasileño y

deberes del migrante y del visitante, regula su entrada y estadia en el país y establece principios y directrices para las políticas públicas para el emigrante.

§ 1° Para los fines de esta ley se consideran:

I - (VETADO)

II - Inmigrante: persona nacional de otro país o apátrida que trabaja o reside y se establece temporal o definitivamente en Brasil;

III - Emigrante: brasileño que se establece temporal o definitivamente en el exterior;

IV - Residente fronterizo: persona nacional de país limítrofe o apátrida que conserva su residencia habitual en municipio fronterizo de país vecino;

V - Visitante: persona nacional de otro país o apátrida que viene a Brasil para estadias de corta duración, sin pretensión de establecerse temporal o definitivamente en territorio nacional.

VI - Apátrida: persona que no es considerada como nacional por ningún Estado, según su propia legislación, en los términos de la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas, de 1954, promulgada por el Decreto n.4.246, de 22/5/2002, o así reconocida por el Estado brasileiro.

§ 2o (VETADO).

países fronterizos, pasó a ser visto como algo que necesitaba ser regulado.

De todas maneras, el veto no perjudicó directamente a los Warao, ya que no son transfronterizos. Sus territorios no están bajo la jurisdicción de Brasil y países vecinos (OIM, 2018,113).

A partir de la nueva ley, la Organización Internacional para las Migraciones (OIM 2018) afirmó que el flujo de los venezolanos inmigrantes, indígenas o no, entre la República Bolivariana de Venezuela y Brasil, venían consiguiendo su regularización de dos maneras: por medio de pedido de refugio o de residencia temporal.

La Ley de Migración prevé la categoría “inmigrante con visado temporal” para la acogida humanitaria o para la reunificación familiar. El primer tipo de visado, conforme el art. 14, § 3° de la ley, está previsto para el

apátrida o el nacional de cualquier país en situación de grave o inminente inestabilidad institucional, de conflicto armado, de calamidad de grande proporción, de desastre ambiental o de grave violación de derechos humanos o de derecho internacional humanitario, o en otras hipótesis, en la forma de reglamento.

El segundo tipo de visado prevé ocho hipótesis, entre las que interesan a los Warao las que permiten la reunificación con cónyuge o compañero/a o ascendiente o descendiente hasta segundo grado de parentesco con el inmigrante beneficiario de un permiso de residencia

El estudio de la OIM (2018) también constató que los indígenas enfrentaban, en general, tres problemas de documentación: a) falta absoluta de documentación personal, pasaporte o registro de nacimiento; b) documento de identidad sin identificar la filiación; c) niños nacidos en Brasil y que no son registra-

dos por falta de documentación venezolana o brasileña de los padres.

La regularización migratoria no depende de tasas y tarifas consulares para la concesión de visados o para la obtención de documentos. La exención está prevista por ley para los integrantes de grupos vulnerables e individuos en condición de bajo nivel económico. Vale recordar que el Informe de la ONU sobre la Promoción y la Protección de los Derechos Humanos de Migrantes en el Contexto de Grandes Movimientos (2016), al tratar de la vulnerabilidad de grupos migrantes, ofrece una definición que incluye pueblos, familias o personas indígenas.

Por otra parte, la regularización migratoria de los Warao ha levantado controversias jurídicas, especialmente en relación a los niños y adolescentes (ACNUR 2021).

Es importante notar que los Warao, como cualquier otro residente no nacional en Brasil, aunque no tenga documentos puede, desde octubre de 1988, invocar los derechos establecidos por la Constitución de la República Federativa de Brasil y los tratados internacionales de derechos humanos. Dispone el art. 5° de la Constitución Federal que “Todos son iguales ante la ley, sin distinción de cualquier naturaleza, garantizándose a brasileños y a extranjeros residentes en el país la inviolabilidad del derecho a la vida, a la libertad, a la igualdad, a la seguridad y a la propiedad en los términos siguientes [...]”. A su vez, en el § 2° afirma que “Los derechos y garantías expresados en esta Constitución no excluyen otros relacionados con el régimen y los principios por ella adoptados, o de los tratados internacionales en que la República de Brasil sea parte”.

Esas normas fueron accionadas en diciembre de 2016, cuando hubo un intento de deportación colectiva de 450 inmigrantes venezolanos, entre ellos indígenas y niños. Ante estos hechos, la Defensoría Pública de la Unión (DPU) presentó un habeas corpus. La

petición fue aceptada y posteriormente confirmada por una sentencia judicial. Uno de los fundamentos del fallo fue la Convención Americana sobre Derechos Humanos que, en su artículo 22.9, veda la expulsión colectiva de extranjeros (OIM 2018, 106).

Un tratado de gran relevancia para los Warao y otros indígenas que ingresan en Brasil es la Convención 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales (1989), cuyo texto fue aprobado por el Decreto Legislativo N°143 (20 de junio de 2002) y promulgado por el Decreto Presidencial N°5.051 (19 de abril de 2004)³. Los Warao son indiscutiblemente indígenas, pues “descienden de poblaciones que habitaban el país [Venezuela] o una región perteneciente al país en la época de la conquista o de la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales [...]. Así, sea cual sea su situación jurídica, conservan todas sus instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas” (1989, art.1°, 1 b). Estando ellos en Brasil, de forma temporal o permanente, se les aplican las normas de la Convención 169, así como los otros tratados de derechos humanos que hacen referencia a pueblos indígenas. También se les aplica el conjunto de normas sobre el derecho a la educación, a la salud, a la asistencia social, a la vivienda y a la alimentación diferenciada, consecuente del art. 231 de la Constitución Federal que reconoce a los indígenas su organización social, costumbres, lenguas, creencias y tradiciones.

A pesar de no existir tierras tradicionalmente ocupadas por los Warao en Brasil, esto no impide el ejercicio de los demás derechos,

3 El Decreto N° 5.051/2004 fue revocado por el Decreto N°10.088/2019, que “consolida los actos normativos editados por el Poder Ejecutivo Federal que disponen sobre la promulgación de convenciones y recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo – OIT ratificadas por la República Federativa de Brasil”.

ya que estos no son condicionados al *locus* físico. La ley 5.371/67, que creó la Fundación Nacional del Indio (FUNAI), no restringe su actuación a indios brasileños o transfronterizos. Habiendo intención de los Warao de permanecer en Brasil, hay que pensar en una asignación de un espacio que les facilite su reproducción física y cultural. Una solución jurídica posible es la adquisición de tierras para la constitución de una reserva indígena, de acuerdo con el art. 25, inc. a y el art. 27 de la ley 6.001/73 (Estatuto del Indio).

En síntesis, como concluye la OIM (2018, p. 128), los indígenas migrantes o refugiados tienen derechos de tres naturalezas: (i) derechos universales, porque son derechos humanos reconocidos en la legislación brasileña o en documentos internacionales; (ii) derechos como migrantes, porque están garantizados a todos los migrantes en Brasil por el derecho interno o internacional; (iii) derechos como indígenas, porque están garantizados a todos los indígenas en Brasil por el derecho interno o internacional.

IV. La política de refugio

Los flujos migratorios iniciales de indígenas Warao, en 2014-2015, a través de la frontera del estado de Roraima, no motivaron reacciones, pues no parecían salirse de la lógica comercial y turística. Pero, durante el año 2016, se tornó visible e incómoda la presencia de indígenas y de no indígenas venezolanos en las calles y plazas de la capital Boa Vista y en edificios abandonados en la ciudad fronteriza de Pacaraima. Se observó un cambio en la relación meramente comercial y turística, a partir del decreto de situación de emergencia de salud en los municipios de Pacaraima y Boa Vista, debido a la “inmigración venezolana” (Brandao 2016).

Los desafíos presentados no se concentran solo en Roraima. En el estado de Ama-

zonas, el Ayuntamiento de Manaus emitió el Decreto N° 3.698 (4 de mayo de 2017), por el cual declaró la emergencia social en el municipio debido al intenso proceso de llegada de los indígenas Warao, que acamparon en áreas públicas, sometidos a situaciones de riesgo personal y social, en especial niños, adolescentes y ancianos.

En una siguiente etapa, los Warao fueron distribuidos en al menos tres lugares: hoteles en el centro de la ciudad, casas alquiladas en el barrio Educandos y un campamento en las proximidades de la estación de Manaus, donde vivían en pésimas condiciones sanitarias, siendo comunes enfermedades como tuberculosis e infecciones generalizadas. Los grupos se dividían en familias extensas compuestas por hombres, mujeres, niños, adolescentes y ancianos expuestos a una serie de riesgos, sobre todo porque las condiciones estructurales de los espacios habitados eran muy precarias. A esto se sumaban los desafíos preexistentes en las regiones donde se localizaban, con altos índices de asaltos, uso de drogas, prostitución y explotación infantil (Sonegheti 2017). Al año siguiente, hubo una reducción de la población indígena en Manaus, debido al desplazamiento a otros estados, motivado por la insatisfacción, conflictos internos o por la búsqueda de más recursos en otros municipios (Rosa, 2021).

Sebastián Roa (2022), funcionario del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para Refugiados (ACNUR), evalúa que en un primer momento no había claridad sobre las responsabilidades de los gobiernos federales, estatales y municipales. Se creía que el tema de la migración y refugio era incumbencia del Gobierno Federal y que acciones de emergencia resultado de desplazamientos internacionales no serían responsabilidad de estados y municipios. Esta comprensión fue cambiando entre 2016 y 2018, resultando en decretos y protocolos en los cuales los entes

federados asumían tareas específicas para la gestión de la frontera, el refugio y la reubicación de las personas. De todos modos, las estrategias iniciales en Roraima y Amazonas -muy similares-, estuvieron marcadas por el alquiler de autobuses para la devolución de los migrantes a Venezuela.

La política de deportación había sido destimada por la acción de la DPU en la Justicia Federal. Entonces, la audiencia pública y las recomendaciones promovidas por el MPF (2017) y los grupos de trabajo municipales intersectoriales (Rosa 2020 y Capdeville 2021) se orientaron por la comprensión de que, aunque las responsabilidades operativas no estuvieran claras, había un problema cuya solución necesitaba ser articulada en varias esferas y niveles del gobierno, de forma intersectorial, incluyendo actores que nunca habían trabajado con indígenas (Roa, 2022). Se buscaban condiciones mínimas de regulación migratoria, atención a la salud, alimentación y educación.

Entonces, autoridades de Brasilia viajaron a Roraima para verificar condiciones e identificar posibilidades de respuestas a lo que se llamaba “invasión de venezolanos” (CBN 2017). Felizmente, descartaron la propuesta de algunos actores públicos locales de crear campos de refugiados (Toledo 2017), un modelo común para contextos de crisis y grandes flujos humanos usado por agencias humanitarias internacionales.

El 15 de febrero de 2018 fue dictada la Medida Provisoria N° 820, que dispuso medidas de asistencia de emergencia para la acogida de personas en situación de vulnerabilidad como consecuencia del flujo migratorio provocado por la crisis humanitaria. En ese sentido, se creó el Comité Federal de Asistencia de Emergencia, coordinado por la Casa Civil de la Presidencia de la República (Brasil, 2018). De manera posterior, se dictó la Medida Provisoria N° 823, que determinó el financia-

miento de acciones de emergencia, abriendo un crédito extraordinario de R\$ 190 millones para el Ministerio de la Defensa.

A partir de 2018, la migración venezolana pasó a ser atendida por la Operación Acogida, de naturaleza militar (Ministerio de la Defensa) y se fortaleció la política de refugio, iniciada en 2017 bajo la gestión de los estados y la sociedad civil.

En Boa Vista, los indígenas habían sido alojados en una cancha de deportes de propiedad del municipio, en el barrio Pintolandia. El gobierno del estado de Roraima, por medio de un Gabinete Integrado de Gestión Migratoria, coordinó las acciones de acuerdo con la Federación Fraternidad Humanitaria Internacional (FFHI), ofreciendo alimentación y apoyo en la administración. Esto no fue suficiente para la plena protección de los Warao, que decidieron salir en busca de nuevos lugares. Marlise Rosa (2020, 27) destaca, entre las motivaciones, la propagación de discursos, incluso por los administradores del CRI, que desanimaban las donaciones de dinero a los indígenas; la dificultad para conseguir trabajo, y la competencia para la venta de artesanías por el número elevado de indígenas en la ciudad.

Al final de 2017, había refugios indígenas en las ciudades de Boa Vista, Pacaraima, Manaos, Santarém, Belém, con diferentes modelos y políticas para refugiados.

El Refugio del barrio Coroadó, en Manaos, puede ser considerado el primer refugio mínimamente adecuado para la cultura Warao. El lugar fue adaptado especialmente, garantizando el respeto a sus formas de convivencia. Así, se llevó a cabo la instalación de una estructura para que pudieran dormir en hamacas (costumbre), la construcción de piletas para lavar la ropa, y la recuperación de los baños y la cocina. Fue un precedente para la estandarización del servicio de acogida de adultos y familias indígenas, incluyendo la

oferta de equipos de traductores, asistentes sociales y psicólogos (Rosa, 2020).

Las dos medidas provisionales institucionalizaron a la Fuerza de Tarea Logística-Humanitaria, con tres objetivos: (i) organización de frontera, (ii) refugio (iii) ubicación de la población venezolana. La Fuerza de Tarea funcionó como catalizadora de organizaciones no gubernamentales y agencias de la ONU, coordinando y direccionando las acciones y recursos en respuesta a los desplazamientos venezolanos en Roraima.

Los cambios en relación a la calidad de los espacios de acogida se dieron progresivamente, considerando componentes y protocolos internacionales y nacionales, así como la política de acogida de adultos y familias del Sistema Único de Asistencia Social (SUAS). Sebastián Roa (2022) observa que los refugios en Roraima y Amazonas pasaron por una serie de adaptaciones, ya que no existían directrices para la acogida de más de 50 personas. También fueron establecidos estándares mínimos de equipo, alimentación y seguridad, a partir de discusiones con los Warao. Pero el método de gestión de emergencias en estos estados siguió líneas diferentes, generando distintos resultados e interrogantes.

En 2020, las comunidades Warao fueron impactadas por la pandemia de COVID-19, la frontera fue cerrada y hubo esfuerzos para la reorganización dentro del territorio hasta finales del 2021. El elevado número de personas concentradas en espacios provisionales obligó al Ayuntamiento de Manaus a descentralizar su refugio principal en numerosas escuelas municipales de la ciudad. En Boa Vista, la Operación Acogida activó otros dos albergues temporales más.

El estudio de la OIM (2020, 65) apuntando soluciones duraderas para la migración indígena venezolana evaluó que el circuito de Roraima-Amazonas-Pará constituía un campo de circulación migratorio ya consolidado,

siendo necesario buscar nuevas soluciones y discutir las opciones disponibles. Hasta el momento, este flujo pasó por refugios con estructuras pequeñas, medianas y grandes, ocupación urbana, alquileres por día o situación de calle. En Roraima, como en Manaus, existen familias que ya hace muchos años que están en refugios. ¿Cuáles serían otros modelos posibles de vivienda digna para esta población? ¿Cuáles serían las políticas que podrían ser implementadas para un contingente Warao que va a desarrollar sus proyectos de vida de forma permanente en Brasil?

V. Decidiendo por sí mismos

Los estudios de la OIM (2020) y de ACNUR (2021) comprueban que la participación de los indígenas en la discusión y búsqueda de soluciones es fundamental. En el caso de los Warao, el desplazamiento por el territorio brasileño revela la capacidad política de este pueblo. Tanto ellos como, más recientemente, los E'ñepa, "iniciaron un proceso espontáneo de relocalización, con una base propia de relaciones de parentesco, formando campos de circulación migratoria y cargando incluso con los gastos de estos desplazamientos" (OIM, 2020:76).

Estos grupos de indígenas migrantes alquilan casas, promueven ocupaciones, asumen la gestión de los refugios, participan de audiencias públicas, se insertan en el mercado de trabajo por su cuenta, se articulan con diversos actores para alcanzar sus objetivos.

Estuve en 2018 y en 2020 en Roraima, donde visité los refugios. En 2022, participé en Boa Vista de un Taller sobre Ciudadanía, Derechos y Consulta de los Pueblos Indígenas, con foco en las poblaciones indígenas originarias de Venezuela, organizada por el Fondo de Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF). En aquella ocasión, tuve la oportunidad de visitar el Refugio Waraotuma, mantenido por la Operación

Acogida; el Refugio Pintolandia, autogestionado por los Warao, y la comunidad Warao Ajano en la zona rural del municipio de Cantá, también autogestionada.

En estas visitas percibí la diferencia entre el rostro de las personas que viven en refugios autogestionados y las que están bajo el control administrativo militar o de alguna organización religiosa. En Ka'ubanoko (de donde los indígenas fueron desalojados en 2021) y en el albergue de Pintolandia (donde están a punto de ser desalojados) los Warao e integrantes de otras etnias eran libres para discutir los problemas y tomar decisiones de acuerdo con sus principios y valores comunitarios. No eran controlados por terceros que les imponían reglas y sanciones incompatibles con sus modos de hacer y vivir. Se notaba una gran diferencia cuando vivían en un área adquirida para ellos, en la que podían edificar viviendas, plantar, criar animales domésticos y producir alimentos.

Durante el Taller, especialmente las mujeres resaltaron con sus palabras el deseo de respuestas que no sean de emergencia. También manifestaron la indignación que sentían con las autoridades de los estados:

Solicitamos de ustedes que nos escuchen, que estén con nosotros. El refugio no es vida. Pero estamos obligados a estar allí por la situación. Solicitamos que nuestra lucha sea escuchada y nuestra organización sea reconocida en Brasil. Buscamos una vida nueva.

VI. Reflexión final

El desempeño del MPF y de la DPU fue catalizador de actores y acciones desde el primer momento de la migración venezolana. Las recomendaciones del MPF fueron fundamentales para evitar la violación de los derechos hu-

manos, impidiendo deportaciones sumarias, garantizando refugios y espacios apropiados, así como acceso a la asistencia social respetuosa de las diferencias culturales. Por iniciativa del MPF, en 2018, fue construido un protocolo de consulta previa con el pueblo Warao presente en la ciudad de Belém. De acuerdo con el protocolo, de las consultas deben participar hombres, mujeres, ancianos, jóvenes, niños y curanderos o, en situación de emergencia, representantes indicados por cada grupo familiar. Deben presentarse con antelación, de modo que puedan reunirse y deliberar con el tiempo necesario para su entendimiento sobre el asunto (ACNUR 2021, 32).

De modo reiterativo, las respuestas de la administración pública en la ejecución de la política de refugio no contemplan los procedimientos de consulta previa previstos en la Convención 169. Reuniones con algunos líderes son consideradas suficientes. Por otro lado, aunque en diálogo intercultural verticalizado, las políticas públicas procuraron adaptarse a las especificidades de los pueblos originarios venezolanos.

Al mismo tiempo, la atención a estos pueblos ha dado visibilidad a la migración interna de los indígenas brasileños, que también requieren políticas públicas diferenciadas en el contexto urbano.

Es notable la capacidad de los Warao en la búsqueda de soluciones para su supervivencia física y cultural y para ejercer su autonomía en la toma de decisiones. Sin abandonar su vínculo con el territorio ancestral del Delta Orinoco, los Warao ya forman parte de Brasil y enriquecen nuestra pluridiversidad.

Bibliografía

ACNUR, Alto Comisariado da ONU para os Refugiados (2019). *Nota informativa para*

municípios sobre chegadas espontâneas de população venezuelana, incluindo indígenas. Brasília: ACNUR/Ministério da Cidadania.

ACNUR (2021). *Os Warao no Brasil: contribuições da Antropologia para a proteção de indígenas refugiados e migrantes.*

ACNUR (2022). *Painel de dados de registro e perfil populacional.*

Athias, Renato Monteiro (2020). “Os Warao, mobilidade e diáspora”. In: Yakerá, Ka Ubanoko: o dinamismo da etnicidade Warao. Organizadores: Carmen Lúcia Silva Lima, Carlos Alberto Marinho Cirino, Jenny González Muñoz. – Recife : Ed. UFPE.

Botelho, Emília; Luciana Ramos, Eduardo Tarragó (2017). *Parecer Técnico n. 208, de 14 de março de 2017/SEAP/6^aCCR/PFDC.* Ministério Público Federal (MPF).

Brandão, Inaê (2016). “RR decreta emergência na saúde por causa da imigração de venezuelanos”. G1.

Decreto Presidencial n. 5.051, de 19 de abril de 2004. Promulga a Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho sobre Povos Indígenas e Tribais.

Lei n. 5.371, de 5 de dezembro de 1967. Autoriza a instituição da “Fundação Nacional do Índio” e dá outras providências.

Lei n. 6.001, de 19 de dezembro de 1973. Dispõe sobre o Estatuto de Índio.

Lei n. 6.815, de 19 de agosto de 1980. Define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil, cria o Conselho Nacional de Imigração.

Lei n. 9.474, de 22 de julho de 1997. Define

mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, e determina outras providências.

Lei n. 13.445, de 24 de maio de 2017. Institui a Lei de Migração.

Medida Provisória n. 820, de 15 de fevereiro de 2018. Dispõe sobre medida de assistência emergencial para acolhimento a pessoas em situação de vulnerabilidade decorrente de fluxo migratório provocado por crise humanitária.

Ministério da Defesa. Exército Brasileiro (2018). *Força-tarefa logística humanitária em Roraima – Operação Acolhida.*

Capdeville, Júlia (2021). *Llegar, Estar y Salir: da Venezuela ao Brasil.* Tese (Mestrado em Antropologia Social), Universidade de Brasília, Programa de Pós-Graduação em Antropologia Social, Brasília.

CBN (2022). *Autoridades brasileiras estão preocupadas com a invasão de venezuelanos em Roraima.*

K’Okal, Josiah Asa Okal (2020). “¿Por qué hemos llegado aquí? Una mirada histórica de desplazamiento warao desde Brasil”. In: Yakerá, Ka Ubanoko: o dinamismo da etnicidade Warao. Organizadores: Carmen Lúcia Silva Lima, Carlos Alberto Marinho Cirino, Jenny González Muñoz. – Recife : Ed. UFPE.

Lima, Carmen Lúcia Silva, Carlos Alberto Marinho Cirino, Jenny González Munhoz (2020). “Yakerá, Ka Ubanoko: o dinamismo da etnicidade Warao”. In: Yakerá, Ka Ubanoko: o dinamismo da etnicidade Warao. Organizadores: Carmen Lúcia Silva Lima, Carlos Alberto Marinho Cirino, Jenny González Muñoz. – Recife : Ed. UFPE.

OIM - Organização Internacional para as Migrações (2018). *Aspectos Jurídicos da atenção aos indígenas migrantes da Venezuela para o Brasil*. Erika Yamada, Marcelo Torelly (orgs.). Brasília: OIM, Agência das Nações Unidas para as Migrações.

OIM - Soluções duradouras para indígenas migrantes e refugiados no contexto do fluxo venezuelano no Brasil (2020). Elaine Moreira, Marcelo Torelly [coordenadores]. Brasília: OIM.

ONU - Organização das Nações Unidas (2016). Relatório sobre a Promoção e a Proteção dos Direitos Humanos de Migrantes no Contexto de Grandes Movimentos.

R4V (2022). Plataforma de Coordenação Interinstitucional para Refugiados e Migrantes.

República Bolivariana de Venezuela. Instituto Nacional de Estadística (2011). XIV Censo Nacional de población y vivienda 2011: Resultados población indígena. Caracas.

Roa Gomez, Manuel Sebastian (2022). *Indígenas Warao: uma análise das respostas emergenciais em Roraima e Amazonas na perspectiva de acesso a direitos*. Projeto de Pesquisa no Mestrado do Programa de Pós-Graduação em Direitos Humanos e Cidadania. UnB.

Rosa, Marlise (2020). *A mobilidade Warao no Brasil e os modos de gestão de uma população em trânsito: reflexões a partir das experiências de Manaus-AM e Belém-PA*. Tese (Doutorado em Antropologia Social) – Museu Nacional, Universidade Federal do Rio de Janeiro: Rio de Janeiro.

Soneghetti, Pedro Moutinho Costa (2022).

“Parecer Técnico n. 10, de 30 de maio de 2017, SEAP/SP/Manaos. Acerca da situação dos indígenas da etnia Warao na cidade de Manaus, provenientes da região do delta do Orinoco, na Venezuela”. Ministério Público Federal (MPF).

Toledo, Marcelo (2022). “Roraima e ONU descartam criar campo de refugiados para venezuelanos”. 11 de maio de 2017. UOL Folha de São Paulo.

El lugar problemático de las víctimas de trata con fines de explotación sexual en el discurso jurídico penal

Susy Garbay Mancheno

Abogada. Magíster en Derechos Humanos. Phd en Derecho por la Universidad Andina Simón Bolívar (sede Quito). Docente titular de Derechos Humanos de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Central del Ecuador. Docente invitada del Programa de Derecho Constitucional de la Universidad Andina Simón Bolívar. Investigadora del Instituto de Investigación en Igualdad de Género y Derechos de la Universidad Central.

I. Introducción

La trata de personas es un fenómeno muy complejo que se desarrolla en el marco de las dinámicas migratorias, tanto internas como externas. Generalmente, se origina en las deficientes condiciones sociales y económicas que enfrenta la mayoría de la población de nuestra región, así como también en el desplazamiento forzado a causa de desastres naturales, conflictos armados, etc., y que tiene como efecto gravísimas afectaciones a los derechos de las personas.

El Ecuador, por su ubicación geográfica y economía dolarizada, es un territorio que ha atraído importantes flujos migratorios durante las últimas décadas. Desde inicios del siglo XXI, el conflicto armado colombiano ha sido otro factor que generó una importante movilidad de personas de esa nacionalidad. El país también ha receptado flujos migratorios desde el Perú, Cuba, Haití y algunos países africanos (Arcentales y Garbay 2011).

En los últimos años, el Ecuador también se ha constituido en un territorio de destino y tránsito de personas de origen venezolano. Así, hasta finales del 2020 más de trescientas mil personas de ese país se encontraban en territorio ecuatoriano (UNODC 2021). Con relación al fenómeno de la trata de personas,

de acuerdo a información del Ministerio de Gobierno y de la Policía Nacional se establece que, en este contexto, el Ecuador se ha convertido en un territorio de origen, tránsito y destino para las víctimas de trata, teniendo como principal fin la explotación sexual (PACTA 2019, 44).

El Ecuador asumió como política de estado la lucha contra la trata de personas en el año 2004 (Decreto Ejecutivo N°1881, 2004), luego de haber ratificado el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños (Protocolo de Palermo). Al mismo tiempo, se conformó una comisión interinstitucional para la elaboración de una política de estado, siendo así que en el 2006 se promulgó un Plan Nacional que tenía como fin el combate a este ilícito junto con el de otras figuras, como el plagio de personas, la pornografía infantil, el tráfico de migrantes y la corrupción de menores (Decreto Ejecutivo N° 1414, 2006). Luego de haber transcurrido quince años, en 2019 se elaboró una nueva política: el Plan de Acción contra la Trata de Personas en el Ecuador PACTA 2019 – 2030, que concentra el accionar estatal en la figura de la trata de personas bajo cuatro ejes: 1) prevención y promoción de derechos; 2) protección integral a las víctimas; 3) investigación y judicialización y 4) gobernanza.

A pesar de contar con casi veinte años de propuestas gubernamentales para erradicar la trata de personas, hoy sigue siendo un fenómeno latente. En este artículo se hará una referencia a la trata con fines de explotación sexual y, en particular, al lugar problemático que ocupan las víctimas en el discurso penal ecuatoriano.

Las víctimas de este delito son principalmente mujeres, no solo en el Ecuador sino a nivel global. Así lo deja ver un informe de la Organización Internacional del Trabajo, en el cual se establece que a nivel mundial el 99% de las víctimas de este delito son mujeres

adultas y niñas (OIT 41, 2017). Por otro lado, a nivel nacional y según información oficial, entre el 2014 y 2016 las principales víctimas fueron mujeres adolescentes, en su mayoría de nacionalidad ecuatoriana y, en menor proporción, cubana, colombiana y venezolana (PACTA 2019). Es importante mencionar que no se cuenta con datos precisos respecto al número de casos que se han judicializado y, menos aún, cuantos de estos han concluido en sentencias condenatorias o absolutorias. Esto se debe a varias razones, como el hecho de que este tipo de delitos no forman parte del registro público del Consejo de la Judicatura; por otro lado, si bien puede iniciarse el proceso de investigación por el delito de trata con fines de explotación sexual, suele derivarse posteriormente a otras figuras legales como proxenetismo o prostitución forzada (UNODC 2021). En todo caso lo cierto es que el delito de trata con fines de explotación sexual es de difícil dimensión, por estas y otras razones que se analizan en las siguientes líneas.

II. La explotación sexual: entre el delito y la legalidad

Al hablar de esta figura desde una perspectiva crítica, es ineludible reflexionar sobre el lugar que ocupa la sexualidad en el orden social. Como afirma Kate Millet, la sexualidad no es un elemento ajeno a lo que ella denomina una *política sexual*, que opera de acuerdo a las normas del patriarcado. Millet entiende por política “el conjunto de relaciones y compromisos estructurados de acuerdo con el poder, en virtud de los cuales un grupo de personas queda bajo el control de otro grupo” (Millet 1970, 67). De ese modo, debe entenderse que la sexualidad tiene un sentido político y no es ajeno al poder, entendido como ese dispositivo que configura complejas relaciones de fuerza intrínsecamente en los espacios en lo que se materializa (Foucault

2013). La sexualidad, dice Foucault, “no es el elemento más inerte, sino, más bien, uno de los que están dotados de la mayor instrumentalidad: utilizable para el mayor número de maniobras y capaz de servir de apoyo, de bisagra, a las más variadas estrategias” (Foucault 2013, 97). Los cuerpos y la sexualidad femenina están impregnados de poder y por lo tanto de significado político.

La *explotación sexual* es un concepto que se introduce en el discurso penal ecuatoriano a finales de los años ‘90, en el marco de una corriente reformista impulsada por el entusiasmo por materializar los compromisos que se derivan del Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo de 1994 y la Plataforma de Acción de Beijín de 1995, y la ratificación de la Convención Interamericana para Prevenir, Erradicar y Sancionar la Violencia contra la Mujer. Así se instituyó la perspectiva de género en las agendas locales pero, a lo largo de este tiempo, ha tenido que enfrentar el universo simbólico que históricamente ha justificado el acceso de los hombres a los cuerpos de las mujeres en la figura de la *prostitución*.

En el discurso jurídico ecuatoriano se ha construido tradicionalmente la subjetividad de la mujer prostituta bajo las nociones de deshonesto, peligroso, pero también necesaria, encarnando el arquetipo de la *mujer pecadora*. Si bien la prostitución no ha sido considerada un delito, sí lo ha sido la explotación de la prostitución ajena. Desde el primer Código Penal de 1837 hasta el de 1971, el sujeto *mujer prostituta* fue enunciado en el derecho penal como corrompida, y se sancionaba a quienes promovían o permitían que la mujer *abuse de su propio cuerpo*. Si bien la normativa penal no perseguía penalmente a las mujeres prostitutas, sí se lo ha hecho a través de normas infrapenales con una alta carga punitiva, como por ejemplo el Código de Policía que tuvo vigencia hasta los años ‘50 del siglo

anterior, que facultaba al Ejecutivo a expedir reglamentos para erradicar las enfermedades contagiosas y, al mismo tiempo, controlar y castigar a las mujeres prostitutas que escapaban del control de las autoridades (Código de Policía 1904). Junto con las normas policiales, las disposiciones sanitarias se han encargado también de castigar y disciplinar sus cuerpos imponiendo sanciones pecuniarias y privativas de libertad (Código Sanitario 1944).

En la figura de la mujer prostituta se materializa la idea de la disociación de la sexualidad femenina, como explícitamente lo menciona un penalista ecuatoriano al señalar que es necesario “tener una clase especial de mujeres, libres de virtud, que puedan satisfacer los instintos del hombre” (Barrera 1943, 59). De ese modo, las diferentes dimensiones del discurso jurídico configuran la subjetividad de la mujer prostituta a partir de estas características, marcando una diferencia con quienes no lo son: las mujeres virtuosas, tomando el planteamiento de Judith Butler, que señala que el sujeto se constituye por medio de “la fuerza de la exclusión y la abyección” (Butler 2002, 19). Al tiempo que se configura el sujeto, se constituye el *no sujeto*; así la subjetividad de la prostituta define el límite entre las mujeres honradas, virtuosas y las que no lo son, significados difíciles de erradicar del imaginario social.

En 1998 se promovió una reforma al Código Penal vigente que buscaba, entre otras cosas, ampliar el tipo penal de violación e introducir la figura del acoso sexual. Con relación a la prostitución se pretendió trastocar la idea de honestidad presente en la doctrina penal, argumentando que estaba en contra de los estándares del derecho internacional de los derechos humanos (UNIFEM / UNICEF 1996), y se buscó afectar la noción de la mujer prostituta, incluyendo la figura de mujer víctima de explotación. Para esto se introdujo una reforma al delito de proxenetismo,

por la cual se incluyó la sanción de conductas de explotación de la ganancia obtenida por la mujer prostituta; la sustracción, mediante seducción o engaño para entregar una persona a otra para que tenga relaciones sexuales; y la promoción y facilitación de la entrada o salida del país, o el traslado dentro del país de personas para que se dediquen a la prostitución (Código Penal 1971, reformado en 1998). Aunque algunos de los elementos de este tipo constituyen también elementos del delito de trata con fines de explotación sexual, este concepto se consolidó recién en 2000 con el mencionado *Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños*, conocido como Protocolo de Palermo. Allí se define trata de personas como:

La captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación.

El Protocolo establece que la explotación incluye, como mínimo, la prostitución y otras formas de explotación sexual. Asimismo dice que el consentimiento de las víctimas no será relevante cuando se recurra a cualquiera de los medios señalados y que, en caso de que las víctimas sean menores de 18 años, la trata se configura aun cuando no se utilicen los medios enunciados (Protocolo de Palermo 2000).

La ratificación de este instrumento propició un contexto favorable para profundizar en el debate jurídico ecuatoriano el tema de la explotación sexual, intentando su despla-

miento desde el discurso de la moralidad al de los derechos humanos y con ello colocar en el imaginario social que ésta es una conducta que merece el reproche social y penal. Es así que en el 2005 se impulsó una reforma al Código Penal para: ampliar las figuras de violación y de acoso sexual; eliminar del tipo penal de estupro el requerimiento de que para su configuración la víctima debía ser honesta; y la tipificación del delito de trata de personas, aspirando que con estas reformas el derecho penal proteja a todas las mujeres y no solo a aquellas definidas como castas y honestas (Mosquera Andrade, 2006).

Con respecto al delito de trata de personas, se realizó una tipificación fraccionada, esto es: las conductas de trata de personas con fines de explotación sexual fueron separadas de las otras formas de explotación ofreciendo estándares de protección diferentes e inferiores a las víctimas de explotación sexual. De esa forma, el consentimiento de las víctimas -que de acuerdo al Protocolo de Palermo no es relevante en ningún caso de trata- en la normativa penal ecuatoriana se estableció que en los casos de explotación sexual solamente no lo sería si las víctimas eran menores de edad. Por otro lado, la edad de la víctima se constituyó en una circunstancia agravante. Así, en todos los casos de explotación -excepto la sexual- se previó que se incremente la sanción si la víctima es menor de catorce años, mientras que en los casos de explotación sexual también se agravó la sanción, pero solo si la edad de la víctima era inferior a los doce años. Adicionalmente, se previeron sanciones para las negociaciones que se realizaban alrededor de la explotación de las personas, excepto en la explotación sexual, en cuyo caso solamente estableció sanciones para las transacciones alrededor del turismo sexual infantil.

El tratamiento diferenciado que la dimensión formal del discurso jurídico le ofreció a las víctimas de explotación sexual con re-

lación a las víctimas de otras formas de explotación no es casual. El sujeto de esta forma de explotación, que se encarna en los cuerpos femeninos, enfrenta los obstáculos materiales originados en las concepciones imperantes sobre la corporalidad y sexualidad femenina latentes en la figura de la prostitución, que constituye un dispositivo del patriarcado por el cual se garantiza el derecho masculino de acceder a los cuerpos de las mujeres, en el marco de una transacción respaldada en la ficción de un contrato libremente pactado (Carole Pateman 1995).

La prostitución es una institución respaldada y legitimada en una lógica de mercado, que ha dado lugar a una diversificación de expresiones, como los *night clubs*, el servicio de acompañantes, el turismo sexual y otras más difíciles de identificar en un mundo digitalizado. Todas estas actividades tienen como fin satisfacer una creciente demanda sexual masculina y se asume que las mujeres ingresan en este mercado sexual en forma voluntaria. De tal dimensión es este régimen que la Organización Internacional del Trabajo, en un controversial informe realizado en 1998, propuso que debido a la gran cantidad de dinero que genera debería ser considerado como un segmento más de la economía mundial (OIT 1998). En este mercado, los cuerpos femeninos son objetos que también deben diversificarse para satisfacer a los clientes. De esa forma, se promocionan mujeres muy jóvenes e incluso niñas como mercancías llamativas, que a su vez reportan mayor dinero para quienes se benefician de la comercialización de sus cuerpos (Garbay 2012); y es justamente en el marco de estas actividades que la trata de personas con fines de explotación sexual se inserta, se reproduce y se mimetiza.

El desplazamiento de la *mujer prostituta al de la mujer víctima de explotación sexual* en el discurso penal ha sido problemático. Incluso dentro de los debates feministas ecuatorianos

ha sido un tema de complejo abordaje, pues por un lado están quienes defienden la reglamentación de la prostitución, condenan la criminalización de las mujeres que la ejercen e inclusive apuestan por el reconocimiento de esta actividad como una más de carácter laboral; y por otro lado, están quienes se adhieren a la corriente abolicionista que cuestiona la prostitución como una institución del patriarcado que se basa en una noción de la sexualidad que privilegia el placer masculino, a través de un pacto comercial que viabiliza la dominación, el control y uso de los cuerpos de las mujeres por parte de quienes pagan para ello: los clientes (Trapasso 2003). La falta de consenso hizo que, en principio, se asuma que la participación de menores de dieciocho años en estas actividades sea categorizada como *explotación sexual*, pues se puso en evidencia que las actividades de la llamada industria sexual acoge y esconde prácticas de explotación sexual de niñas y adolescentes (Sandoval 2002)¹.

Ahora bien, como señala Catherine Mackinnon, la sexualidad es un tema complejo en el cual no puede dejar de observarse la dinámica del sexo como jerarquía social, y “su placer es la experiencia del poder en forma con género” (Mackinnon Catherine 1989, 15). El problema, dice la autora, es que hay una hegemonía en la interpretación de la sexualidad desde la cual los intereses de la sexualidad masculina determinan su significado, incluido la manera de asumir lo “que se siente, se expresa y se experimenta” (Mackinnon 1989, 229). El discurso penal, como discurso social, es receptor del significado político que el patriarcado le ofrece a la sexualidad femenina y

¹En el año 200 un grupo de organizaciones feministas presentó al Congreso Nacional un proyecto de reforma al Código Penal que preveía la tipificación del delito de explotación sexual, argumentando que la legislación vigente a ese tiempo le daba igual tratamiento a la prostitución y a la explotación sexual infantil.

masculina. La dominación de la corporalidad de las mujeres en la prostitución no es percibida como algo reprochable, y este discurso tiene dificultades para incorporar en su ontología la noción de la explotación sexual.

Una de las principales estrategias del feminismo jurídico ha sido la utilización del derecho penal para conseguir el reproche social y legal de conductas de violencia contra las mujeres que históricamente han sido naturalizadas e, inclusive, respaldadas por las mismas normas penales, pero la experiencia da cuenta de que generalmente el sentido originario de las demandas suele moverse a campos de sentido diferentes (Bergalli y Boledón 1992). La definición de trata de personas que propone el Protocolo de Palermo trajo consigo desafíos no solo jurídicos sino también culturales, pues el hecho de instituir en la dimensión formal del derecho al sujeto víctima de explotación sexual provoca un conflicto con las representaciones y creencias sobre el derecho masculino de acceder al cuerpo de las mujeres. Como dice Alicia Ruíz, la naturalización de las prácticas sociales, de las jerarquías, de los sujetos que configuran la realidad social terminan ocultando los procesos de atribución de sentido mediante un complejo proceso de producción, circulación y consumo de significados (Alicia Ruíz, 2000), en el cual el derecho tiene un rol tan relevante como otras instituciones de reproducción ideológica.

III. La víctima de explotación sexual en la argumentación judicial

La judicialización de los casos de trata con fines de explotación sexual pone en evidencia los límites del derecho penal en la reivindicación de derechos de las mujeres y, más aún, permite observar los mecanismos con los que opera para reproducir la desigualdad social. Los primeros casos que se procesaron con la tipificación del delito de trata con fi-

nes de explotación sexual generaron mucha expectativa en las organizaciones de mujeres que lo promovieron. Sin embargo, provocaron frustración debido a la argumentación a la que recurrieron los operadores de justicia. Para efectos de este artículo se hará referencia a dos casos que tuvieron una importante cobertura mediática y que podrían ser calificados como emblemáticos dadas sus características y el número de víctimas que involucró.

El primero, conocido como *Night Club La Luna*, se originó en un operativo en el que se rescató a catorce niñas, aunque información extra oficial determina que había treinta víctimas, todas mujeres que permanecían encerradas, amenazadas y obligadas a tener relaciones sexuales. Este lugar operaba como una especie de centro distribución de mujeres-mercancías para otros prostíbulos de la ciudad de Quito (Alvaro Mantilla Herrera, 2010). Si bien un tribunal de primera instancia emitió una sentencia condenatoria al propietario del lugar y otras personas, la Corte Nacional de Justicia en sentencia de casación absolvió a todos los acusados señalando que el fallo inicial estaba “inmotivado porque se encuentra en contradicción o es incoherente con los hechos efectivamente probados...”. Esta conclusión se justifica en que, para los jueces de la Corte Nacional, en realidad la actividad a la que se dedicaba el lugar era de carácter mercantil, dado que el propietario había pagado sus impuestos. Más aún, las mujeres que estaban en el lugar acudieron al propietario del mismo para que les “remueva los obstáculos que impidan dedicarse a la prostitución o continuar ejerciendo el comercio sexual” (Corte Nacional de Justicia del Ecuador, Sentencia N° 871 – 2009, 4).

Otro caso que también mereció la atención pública fue conocido como *El Triángulo*, que se originó en una investigación que dio lugar a un operativo en el que se rescataron alrededor de veinte mujeres de origen colom-

biano, que habían sido trasladadas desde su país bajo engaños y falsas promesas de trabajo. Una vez que se encontraron en el Ecuador, fueron encerradas y bajo amenazas se las sometió a explotación sexual. Sin embargo, los explotadores fueron absueltos en razón de que el allanamiento al lugar y los testimonios urgentes de las víctimas fueron anulados por el mismo juez que los autorizó. La sentencia absolutoria que fue ratificada por un tribunal de instancia y luego fue conocida en casación por la Corte Nacional de Justicia, cuyos jueces consideraron que el tribunal inferior actuó con base en la *sana crítica*, lo que implica que “aplicaron la recta razón e inteligencia humana” (Corte Nacional de Justicia del Ecuador, Sentencia N° 457 -2010, 4). Algo no explicitado en la argumentación judicial es que en este caso las mujeres víctimas de trata fueron no solamente mujeres extranjeras sino también mayores de dieciocho años.

Como quedó señalado, es difícil remover la idea de que las mujeres adultas son prostitutas y que las situaciones de violencia a las que se enfrentan son una especie de *riesgos laborales*. Estos elementos simbólicos del discurso jurídico no podrían ser develados sino desde una perspectiva crítica, desde la cual se comprende al derecho más allá de su dimensión formal, como un hecho social, un discurso que en la voz de quienes están calificados para hacer enunciados, como los jueces, ofrece significado a las conductas, pero también configura subjetividad. Por lo tanto, como propone Carol Smart, es indispensable sumergirse y explorar en la forma en que el derecho de forma no obvia contribuye en la jerarquización de las relaciones (Smart 2000).

A lo expresado es importante mencionar que, de acuerdo con estudios realizados, se revela que la impunidad en casos como los mencionados también estaba condicionada por el hecho de que las mujeres que eran rescatadas en los operativos recibían el tra-

tamiento como infractoras migratorias y no como víctimas de trata (Garbay 2011), lo que daba lugar a que fueran sometidas a procesos de deportación por no contar con un estatus migratorio regular (UNODC 2012).

En el 2014 se realizó una reforma amplia a la normativa penal: la nueva ley, denominada Código Integral Penal, unificó la figura de la trata de personas. Así, se previó la misma sanción para las conductas de captación, transporte, traslado, entrega o acogida de personas con cualquier fin de explotación, entendida como toda conducta de la cual se obtenga una ventaja económica o de otro tipo a través el sometimiento de una persona a condiciones de vida que resulten de cualquier forma de explotación, incluida la sexual, prostitución forzada, el turismo sexual y la pornografía infantil (COIP, Art. 91). Con relación a la valoración del consentimiento de las víctimas, se estableció que no constituirá en ningún caso causa de eximente o atenuante de la pena (COIP, Art. 110).

Si bien la nueva tipificación ofrece un estándar uniforme en la consideración de las víctimas de trata, sin diferenciar el modo de explotación ni la edad de las víctimas, en la dimensión del discurso jurídico que corresponde a la aplicación e interpretación del nivel formal la edad de las víctimas aparece como un elemento central en la narrativa de los jueces. Alda Facio, al explicar el componente estructural del derecho, dice que no atañe solamente a las instituciones que tienen la potestad de crear, interpretar y aplicar la ley, pues también es parte el contenido que esas instituciones le ofrecen a esas leyes, en el ejercicio de seleccionar, aplicar e interpretar, mediante el cual se da origen a leyes no escritas que se sus traen a la operación formal de creación (Alda Facio 1992). A través de una operación discursiva, los jueces configuran la minoría edad como un elemento del tipo penal, por lo tanto, como una condición para que se configure la

explotación sexual. Para ello se realizan interpretaciones falaces del Protocolo de Palermo, afirmando que este instrumento solo establece la irrelevancia del consentimiento en casos de menores de edad (Tribunal Séptimo de Garantías Penales de Quito, Sentencia N° 1782-2014-0750, 2016 y Corte Nacional de Justicia, Sentencia N° 11258-2016-00163, 2018) o, también, recurriendo a la argumentación de que la ley no ofrece a menores de edad la facultad de decidir sobre su sexualidad (Corte Provincial de Justicia de Pichincha, Sentencia, N° 0750, 2016).

La relación entre la edad de la víctima y la comprobación del ilícito no es un tema insustancial, pues resulta útil para que en aquellos casos en que las víctimas son mayores de edad se desnaturalice la explotación presumiendo que las mujeres están ejerciendo libremente la prostitución, como se menciona en una de las sentencias absolutorias analizadas:

En el Protocolo se admite que el ejercicio de la libre voluntad de la víctima a menudo se ve limitado por la fuerza, el engaño o el abuso de poder. Se respeta la capacidad de los adultos de tomar por sí mismos decisiones acerca de su vida, concretamente en cuanto a las opciones de trabajo y migración (Unidad Judicial Penal de la Parroquia Quitumbe, Dictamen de sobreseimiento definitivo, N° 01211, 2018, 9).

En otro caso, una investigación judicial se inicia por la explotación sexual de mujeres menores y adultas. Sin embargo, la sentencia termina instituyendo como víctimas del delito solamente a las menores, en tanto las mujeres adultas enunciadas en las primeras fases del proceso son totalmente invisibilizadas en la sentencia, dejan de existir (Corte Provincial de Justicia de los Ríos, Sentencia, N° 12283, 2016-00839).

Al parecer, en el imaginario de los jueces y

juezas la edad está relacionada con el consentimiento y la configuración de la explotación sexual se ve reducida a estos conceptos, que mediante argumentos enredados son manipulados para legitimar las actividades que encubren diversas formas de explotación sexual, denominando a sus víctimas, como *sexo servidoras, trabajadoras del sexo o prostitutas*. Sin embargo, también se observa que ni la minoría de edad es suficiente para caracterizar a la víctima cuando ésta ha tenido experiencias sexuales desde muy temprana edad. En uno de los casos estudiados se evidencia como a través de los discursos médicos y psicológicos, que forman parte de los rituales del proceso penal, se priva de esta categoría a una menor de edad que había sido explotada sexualmente desde muy temprana edad y previamente abusada sexualmente en su entorno familiar. La Corte Provincial de Justicia de Loja dijo

La niña en la entrevista narró que venía de un hogar disgregado (...) que ella sobrevive mediante aceptar y dejar; (...) que cuando la evaluó, ella no estaba en situación de víctima y estaba asintomática y para ella el trabajo sexual ya no era traumático y lo ve como algo normal (Corte Provincial de Justicia de Loja, Sentencia N° 11258-2016-001663, 2017, 6).

Todos estos elementos ofrecen una caracterización de la identidad de las víctimas en este delito, aspectos que no están escritos en ninguna norma legal pero que se van instituyendo en la dimensión estructural del discurso jurídico penal. El derecho, dice Alicia Ruíz, tiene un rol importante en la configuración estereotipada de la mujer. A partir del mismo se le reconoce o niega derechos a “las mujeres de carne y hueso” (Ruiz 2000, 11). La operación paradójica y opaca del discurso jurídico se encarga de investir de legiti-

midad las creencias y mitos alrededor de la mujer prostituta, que encarna el arquetipo de la mujer peligrosa y pecadora, aquella a quien el derecho no le ha ofrecido protección. Por lo tanto, desde esa perspectiva, resulta difícil reconocer situaciones de explotación sexual y comprender la dimensión de violencia estructural en la que se reproduce.

IV. A manera de conclusión

Normalmente cuando se hace referencia a una definición de derecho se la suele asociar con un conjunto de reglas que han sido formuladas para ordenar la vida social a través de un proceso que está legitimado constitucionalmente y que se traducen en normas de diferente nivel caracterizadas por ser objetivas, racionales y abstractas. Podría afirmarse que las críticas feministas, aunque han cuestionado estas características de una forma generalizada, han seguido confiando en el poder que el derecho puede tener para derivar las ideas que subyacen en la desigualdad y discriminación de las mujeres. Desde ese paradigma, se acoge con entusiasmo cada oportunidad de realizar reformas legales, particularmente de carácter penal y cuando se trata de formas de violencia contra las mujeres.

Si bien no se puede dejar de reconocer los logros alcanzados, parece necesario analizar el planteamiento de la teoría jurídica crítica feminista. Desde su perspectiva se observa que se ha caído en una especie de trampa que el derecho tiende para mostrar una realidad velada, pues el mero hecho de reconocer en la dimensión normativa del discurso penal que hay mujeres víctimas de explotación sexual no resulta suficiente para proteger a las mujeres reales. Más aún: se observa que el poder que tienen las y los juzgadores de realizar enunciados y construir realidad a través de sus discursos permite realizar una maniobra para desnaturalizar los elementos clave de las de-

mandas feministas trasladando su significado a otros que responden a los requerimientos del poder. La crítica jurídica feminista invita, precisamente, a indagar la forma en que el derecho opera para mantener y justificar las relaciones de dominación.

Bibliografía

Arcenales, Javier y Susy Garbay. 2011. Informe *sobre Movilidad Humana*. Coalición de las Migraciones.

Bergalli, Roberto y Encarna Boledón. 1992. "La cuestión de las mujeres y el derecho penal simbólico". *Anuario de Filosofía del Derecho* N° 91.

Barrera, Jaime. 1943. *La mujer y el delito*. Quito: Universidad Central del Ecuador.

Foucault, Michel. 2013. *Historia de la sexualidad I. La voluntad del saber*. México: Editorial Siglo XXI.

Facio Alda. 1992. *Cuando el género suena cambios trae*. San José, ILANUD.

Garbay Mancheno, Susy 2010. "Trata de personas, impunidad, administración de justicia y derechos humanos". *Informe temático N° 1*. Quito: Defensoría del Pueblo del Ecuador.

Garbay Mancheno, Susy. 2012. "¿La prostitución una institución patriarcal?". *Aportes Andinos (Revista electrónica del Programa Andino de Derechos Humanos UASB* N° 31.

Millett, Kate. 1970. *Política Sexual*. Madrid: Ediciones Cátedra.

Mantilla Herrera, Alvaro. 2010. *Contextos, transgresiones, confrontaciones y miradas de la explotación sexual a mujeres en Quito: el caso*

la Luna y otras tensiones. Tesis de Maestría, Facultad de Ciencias Sociales. Consultado en: <http://hdl.handle.net/10469/3072>.

Mosquera Andradre, Violeta. 2006. *Mujeres congresistas. Estereotipos sexistas e identidades estratégicas. Ecuador 2003 – 2005*. Quito: Abya – Yala / FLACSO.

MacKinnon, Catharine. 1995. *Hacia una teoría feminista del Estado*. Valencia: Ediciones Cátedra.

Ministerio de Gobierno y Organización Internacional de las Migraciones 2019. *Plan de Acción contra la Trata de Personas, 2029 – 2030*. OIM. <http://www.trataytrafico.gob.ec/assets/archivos/planes/PACTA%20Resumen%20Ejecutivo.pdf>

OIT 1998. “La economía del sexo. La Industria del sexo: Los incentivos económicos y la penuria alimentan el crecimiento”. En *Trabajo*, Revista de la OIT, N° 26, septiembre – octubre de 1998. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/publication/dwcms_080688.pdf

OIT(2017) Estimaciones Mundiales sobre la esclavitud moderna. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@ipec/documents/publication/wcms_596485.pdf.

Pateman, Carole. 1995. *El contrato sexual*. Barcelona: Editorial Antrophos.

Ruíz, Alicia. 2000. “De las mujeres y el derecho”. En Alicia Ruíz (comp), *Identidad femenina y discurso jurídico*. Buenos Aires: Editorial Biblos /Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

Smart, Carol. 2000. “La teoría feminista y el discurso jurídico”. En Haydee Birgin

(comp), *El Derecho en Género y el Género en el Derecho* (pp. 31 – 73). Buenos Aires: Editorial Biblos / CEADEL.

Sandoval, Mariana. 2002. *Dimensión, naturaleza y entorno de la explotación sexual comercial de niñas, y adolescentes en el Ecuador*. Lima: OIT -IPEC. http://white.lim.ilo.org/ipec/documentos/lb_final_esci_ecuador.pdf.

Trapasso, Rosa Dominga. 2003. “La prostitución en contexto”. En *Prostitución: ¿Trabajo o Esclavitud Sexual?* (pp. 45 – 54). Lima: CLADEM.

UNODC. 2012. *Estudio sobre el estado de la trata en el Ecuador*. UNODC.

UNODC. 2021. *Informe Situacional – Ecuador: Transformando alertas en respuestas de la justicia penal para combatir la trata de personas dentro de las corrientes migratorias*, UNODC.

UNIFEM – UNICEF (1996). *La mujer en los códigos penales de América Latina y el Caribe Hispano*, UNIFEM.

Normativa internacional y nacional

Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente

Mujeres y Niños 2000. 15 de noviembre de 2000. A/RES/55/25.

Decreto Ejecutivo 1981, Registro Oficial 410, 31 de agosto de 2004.

Decreto Ejecutivo 1414. Registro Oficial 288, de 9 de junio de 2006.

Código de Policía, Registro Oficial 924 de 28 de octubre de 1904.

Código Sanitario, Registro Oficial 78, de 4 de septiembre de 1944.

Código Penal. Registro Oficial 147, Suplemento, de 22 de enero de 1971.

Código Integral Penal. Registro Oficial 180, Suplemento, de 10 de febrero de 2014.

Sentencias y dictámenes

Corte Nacional de Justicia del Ecuador (7 de agosto de 2013). Sentencia en Juicio N° 871 – 2009.

Corte Nacional de Justicia del Ecuador (27 de abril de 2012). Sentencia en Juicio N° 457 -2010.

Tribunal Séptimo de Garantías Penales de Quito (11 de agosto de 2016). Sentencia en *Juicio N° 1782-2014-0750*.

Corte Nacional de Justicia (28 de junio de 2018). Sentencia en *Juicio N° 11258-2016-00163*.

Corte Provincial de Justicia de Pichincha (12 de diciembre de 2016). Sentencia en Juicio N° 17282 – 2014 – 0750.

Unidad Judicial Penal de la Parroquia Quitumbe (13 de diciembre de 2018). Dictamen de sobreseimiento definitivo” en Juicio N° 17283-2018-01211.

Corte Provincial de Justicia de los Ríos (25 de noviembre de 2016). Sentencia en Juicio. N° 12283-2016-00839.

Corte Provincia de Justicia de Loja (1ero de septiembre de 2017). Sentencia en Juicio N° 11258-2016-001663.

SECCIÓN IV

ENTREVISTA

“En el auxilio de personas migrantes, las defensorías públicas tienen un rol fundamental que jugar”

Entrevista a Joel Hernández. Relator sobre los Derechos de las Personas Migrantes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).

Por César Augusto Balaguer y Hernán Gustavo De Llano, cotitulares de la Comisión del Migrante de la Defensoría General de la Nación

Hernán de Llano (HLL): En la actualidad, ¿cuáles cree que son los principales retos a los que se enfrenta la región en el contexto de la movilidad humana?

Joel Hernández (JH): La movilidad humana representa un gran reto para la región. Observamos que hay movimientos de sur a norte y de sur a sur, por distintas causas. Desde aquellos movimientos de personas en Centroamérica que atraviesan México en dirección a EE.UU. saliendo de situaciones de pobreza, inseguridad o, inclusive, de consecuencias relacionadas al cambio climático. Desde hace más de tres años, observamos otro movimiento de más de cien mil nicaragüenses huyendo mayoritariamente hacia Costa Rica por la situación de cierres de espacios políticos en el interior del país. Pero, sin lugar a duda, una de las que mayor impacto ha provocado en la región es la situación de la sociedad venezolana. Los organismos internacionales calculan que más de cuatro millones de personas han salido del país. Todo lo anterior sumado a otros movimientos de personas en el Caribe, como, por ejemplo, la situación de Haití, de donde también han tenido que salir de manera forzosa.

Ahora bien, ¿Cuáles son los retos que ob-

servamos desde la Relatoría? Lo primero es la dificultad que tienen las personas para acceder a una situación migratoria regular en el país de tránsito o destino. También dificultades para acceder a la protección internacional para aquellas personas cuyo origen traería grandes riesgos a su libertad o seguridad personal. Otro gran reto que observamos es el de las personas que regresan a su país o al país de origen. Otro se relaciona con la falta de programas de acogida que debían realizarse con enfoques de interseccionalidad y e interculturalidad que pudiesen originar tratamientos diferenciados que garanticen la igualdad y la no discriminación a las personas que se encuentran en situación de movilidad humana.

César Augusto Balaguer (CAB): ¿Cuáles son los aspectos a abordar con mayor énfasis desde las políticas públicas dirigidas a disminuir la discriminación y la xenofobia hacia las personas migrantes?

JH: Lo que se observa a partir de estos movimientos de personas son situaciones de discriminación y xenofobia. La única recomendación, pero de capital importancia, es que los estados implementen políticas públicas a partir de los principios de igualdad y de no discriminación con enfoques diferenciados de protección que se realicen sobre la base de los principios de solidaridad, cooperación internacional, transparencia y sostenibilidad. Para combatir la xenofobia y la discriminación, es urgente que los estados redoblen sus esfuerzos e implementen medidas positivas como podrían ser: campañas educativas o de sensibilización dirigidas a proveer sociedades multiculturales.

Hoy cualquier persona se encuentra sujeta a la condición de movilidad humana. Cualquiera de nosotros puede ser migrante en cualquier situación. Venimos, además, de sociedades y países históricamente migrantes, y por lo

tanto debe existir esa conciencia social de una inclusión y tolerancia a la llegada de personas extranjeras. Es importante que desde las altas esferas de poder se eviten acciones narrativas o discursos que directa o indirectamente promuevan la discriminación o sean permisivos de las violencias que se dan sobre aquellas personas que se encuentran en el contexto de movilidad. En definitiva, cambiar la narrativa de la estigmatización hacia la inclusión.

CAB: ¿Cuál cree que es la conveniencia de instalar en la creencia colectiva de una sociedad que a mayor migración mayor delincuencia? ¿Quiénes son los beneficiarios de esa práctica?

JH: Nadie se ve beneficiado por las políticas o discursos estigmatizantes o discriminatorios, que terminan afectando a toda la sociedad en su conjunto. No solamente se crea una división al interior de la comunidad sino que también hacen más vulnerables a las personas que se encuentran en situación de movilidad humana. Tenemos el ejemplo de cómo discursos xenófobos han servido para incentivar la violencia de quienes se encuentran en una situación de desprotección. También sabemos que los migrantes en búsqueda de oportunidades de trabajo colaboran con el propio desarrollo de las comunidades, no solamente a nivel nacional, donde los números podrían reflejar los índices de contribución al fisco mediante el pago de impuestos directos e indirectos, sino también a nivel de las pequeñas comunidades de acogida que se encuentran dentro de la frontera que reciben a los migrantes que cruzan a pie. Los discursos estigmatizantes terminan de afectar a la sociedad en su conjunto. Por el contrario, los discursos positivos que asimilan a la migración permiten una mejor convivencia al interior de las sociedades.

HLL: En su informe sobre mujeres privadas de libertad (2019), el Grupo de Trabajo sobre la cuestión de la discriminación contra la mujer en la legislación y en la práctica del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas consideró que la subordinación económica de la mujer la expone a que se la considere cómplice o culpable de actos delictivos cometidos por familiares suyos como parejas o cónyuges varones ¿Cómo considera que debe ser el abordaje desde la justicia en estos casos para evitar un sesgo discriminatorio o desproporcionado sobre las mujeres?

JH: Un elemento fundamental de toda política migratoria tiene que ser el enfoque de género, que tiene que partir del reconocimiento de las necesidades especiales que tienen las mujeres migrantes. Hay que comenzar, entonces, desde un enfoque de interseccionalidad que muestre las causas que dieron origen a la migración de las mujeres y, a partir de ahí, generar políticas públicas. En tiempos recientes hemos visto un aumento de mujeres migrantes a causa de los desplazamientos forzados, a diferencia a lo que ha sucedido tradicionalmente con dichos flujos, que eran masculinos. Se han incrementado las migraciones de niños, niñas y adolescentes que migran, inclusive menores no acompañados. En este contexto el rol de la mujer es fundamental, no solamente por el papel de madres que migran; muchas mujeres quedan en el país de origen, en ocasiones desprotegidas frente la migración de sus hijos e impossibilitadas de poder acudir en su auxilio. Muchas veces son las receptoras de terribles noticias cuando alguno de sus hijos o seres queridos no logra el propósito de completar el ciclo migratorio de manera satisfactoria. A partir de ahí, es fundamental que toda política pública migratoria tenga en cuenta las necesidades especiales de las mujeres.

HLL: En los últimos años, en la justicia penal argentina se han relevado algunos fallos que, aplicando perspectiva de género, desvinculan del proceso penal a mujeres migrantes involucradas -como “mulas” o “camellos”- en casos de contrabando de drogas. ¿Considera que es posible vislumbrar un cambio de paradigma en el tratamiento de este tipo de situaciones, especialmente de los poderes judiciales de la región?

JH: Si. En eso soy optimista. El trabajo que venimos realizando a través de los órganos institucionales y organismos autónomos como, por ejemplo, la Defensoría General de la Nación, en nuestro país; la academia, la sociedad civil, los organismos internacionales en materia de derechos humanos y organismos especializados en cuestiones migratorias, está generando una narrativa en un sentido tendiente a procurar que las políticas públicas en materia migratoria tengan un enfoque de derechos humanos. Actualmente hay una mayor conciencia del papel de la migración, un mejor conocimiento de las causas y consecuencias de este fenómeno. Por ejemplo, el Pacto Mundial para la Migración de las Naciones Unidas ha sido un instrumento clave que ha permitido poner en contexto y de manera objetiva las causas y consecuencias de la migración. Es muy importante seguir trabajando en esa dirección y seguir buscando los entendimientos de que los problemas relacionados con la movilidad humana tengan eco en los procesos judiciales que decidan sobre temas migratorios, para que sus decisiones sean consecuentes con este avance normativo en la región y a nivel mundial.

CAB: Según su punto de vista, la legislación en donde el Estado se reserva la discrecionalidad a la hora de dispensar o no el cumplimiento de una orden de expulsión, ¿cumple con los estándares del Sistema Interamericano?

JH: Aquí hay varios temas que se tienen que examinar. Para decirlo de una manera muy rápida: lo que ha hecho la Comisión es codificar estos principios del derecho internacional de los derechos humanos relativos a los derechos de las personas migrantes en su Resolución 4/19, una resolución que lleva por título "Principios Interamericanos sobre los Derechos Humanos de todas las personas migrantes, refugiadas, apátridas y víctimas de la trata de personas". Este documento consolida y profundiza las directrices y lineamientos para el diseño y la implementación de políticas públicas en materia migratoria. Y para contestar su pregunta, teniendo en cuenta estos estándares contenidos en la resolución que cito, aquí creo que lo fundamental es abordar el tema desde tres puntos de vista: el primero, desde un principio fundamental del derecho internacional de los derechos humanos que es el principio de "no devolución". Está bien establecido que los Estados no pueden expulsar a una persona cuando se encuentra necesitada de protección internacional. Es decir, cuando el regreso de esa persona a su país de nacionalidad o al lugar donde provienen implicaría un riesgo a su libertad, a su vida o a su seguridad personal. En segundo lugar, es muy importante que cada una de estas decisiones administrativas cumpla con el debido proceso; que, si una vez verificado que la persona no califica para la protección internacional, y que esa persona por lo tanto debe enfrentar un proceso de repatriación a su país, tiene que agotarse el debido proceso. Y ese debido proceso pasa sin lugar a dudas porque la persona migrante sujeta a la expulsión tiene que ser escuchada por una autoridad o un juez independiente e imparcial. Por último, el tercer elemento que añadiría es la importancia de que en esa aplicación del derecho prevalezca un enfoque de interseccionalidad y de interculturalidad. Es decir, que se tomen en cuenta las necesidades específicas de la persona que

está sujeta a estos procesos. Serán muy distintas las necesidades para el regreso de una mujer, de una persona LGTBI o de una persona que salió huyendo de su país en razón de las adversidades que hoy presenta el cambio climático; que viene huyendo, por ejemplo, de un huracán, desastres naturales que hoy se presentan con mayor frecuencia. Si juntamos estos elementos, creo que el resultado final será una protección a la persona sobre la base de estos principios del derecho internacional de los derechos humanos bien consolidados.

CAB: En Argentina tenemos una ley que tiene muchos beneficios pero el Estado se reserva la discrecionalidad, a la hora de dispensar a la persona. Lo que nos pasa a nosotros, que litigamos tratando de demostrar que el Estado ejerció mal esa discrecionalidad, es que encontramos muchas veces respuestas estándar de los jueces que dicen "es discrecional". El margen de revisión es mínimo y ahí estamos en esa lucha...

JH: Ahí hay que distinguir lo que es discrecional de lo que es arbitrario. Y lo que es más preocupante son las decisiones arbitrarias. ¿Cómo evitarlas? A través de la aplicación de garantías del debido proceso. A fin de cuentas, por eso para mí es muy importante que toda valoración que hacen las autoridades al momento de tomar una decisión sea hecha considerando las necesidades particulares de las personas.

CAB: En la misma línea, queríamos conocer su opinión respecto de la tensión existente entre la unidad familiar, cuando hay niñas o niños, con esta facultad discrecional estatal de expulsar migrantes a su país de origen.

JH: Son procesos que debe tomar en cuenta el interés superior del niño y de la niña. Es uno de los principios que están relevados en

la Resolución 4/19, los principios interamericanos a los que hacía referencia. Además de tener en cuenta el interés superior del niño o de la niña, también es muy importante que prevalezca la unidad familiar. Aquí juezas y jueces tienen que hacer esta valoración de la unidad familiar, sea en el país de origen, sea en el país de destino. Lo que no se puede permitir son decisiones arbitrarias en donde las personas sean retornadas a su país a su suerte, sin tener ninguna consideración respecto a sus necesidades particulares. La experiencia en la región nos demuestra una y otra vez cómo personas son expulsadas sin el debido proceso, con procedimientos expeditos fundamentados en la discrecionalidad administrativa y que, muchas veces, son el regreso de personas a países de los que salieron hace muchos años, en donde no tienen más un vínculo, una raíz porque toda la familia migró. Más que repatriación son auténticos destierros: la persona llega, aunque sea su país de origen, a una tierra totalmente desconocida. Por eso es importante que cualquiera de estas decisiones de repatriación pase por los ojos de un juez o una autoridad independiente e imparcial que pueda hacer estas valoraciones de las necesidades particulares de cada persona.

HLL: Usted hacía referencia a la resolución 4/19 y el principio 51 justamente habla del debido proceso en casos que involucren a niños, niñas y adolescentes. ¿De qué modo considera que deberían regularse las legislaciones de la región en procesos administrativos y/o judiciales que involucren la deportación de sus progenitores y el derecho de niños, niñas y adolescentes migrantes a ser oídos?

JH: Ese es un tema muy importante a desarrollar, que tiene que ver con el acceso a la justicia para niñas, niños y adolescentes. Hoy los estándares interamericanos establecen, en primer lugar, la importancia de tener en

cuenta el interés superior del menor; un segundo, la de permitir la comparecencia de estos menores en los procedimientos administrativos o judiciales si esa es su voluntad. En tercer lugar -y esto es muy importante- deben ser comparecencias asesoradas y con un acompañamiento, para que los menores se sientan debidamente protegidos. Además, deben llevarse a cabo en un ámbito de confianza para poder presentar sus puntos de vista con el apoyo psicológico y social necesario que salvaguarde ese interés. No se trata de ninguna manera de dejar a un menor a su suerte, exponiéndolo en un país extranjero ante autoridades extranjeras, en un idioma que desconoce. Por todo esto creo que los estándares interamericanos de acceso a la justicia para niñas, niños y adolescentes son realmente aplicables a estos casos migratorios.

CAB: La expulsión de migrantes con causa en el incumplimiento de recaudos de orden administrativo también. Muchos de estos casos, por ejemplo, se tratan de personas que no tienen antecedentes penales ni en el país ni en su país de origen, pero que en el derrotero administrativo incurren en alguna omisión que termina derivando en la expulsión. Dentro de la falta administrativa incluimos la falta de ingreso por lugar habilitado, posiblemente una de las más graves; pero hay otras, menores, que muchas veces desencadenan una expulsión. ¿Cómo ve usted esta situación desde el punto de vista de la razonabilidad, por un lado, y de los estándares interamericanos por el otro?

JH: Es una situación que se presenta con gran frecuencia. A pesar de que la primera recomendación es que exista una instancia para poder verificar si la persona califica para la protección internacional, y por lo tanto no debe ser expulsada, lo cierto es que la mayoría de las personas que son detenidas son sujetas a procedimientos de salida. Y estos

procedimientos de salida en ocasiones se dan totalmente al margen de cualquier debido proceso, carentes de cualquier garantía judicial, inclusive de manera exprés. Sabemos de situaciones en donde la repatriación se hace hasta por lugares peligrosos, por brechas, en altas horas de la noche, sin dar ninguna notificación a las autoridades del país de destino para que vayan a su auxilio. Son situaciones que observamos en todo el continente y que ponen a los migrantes en una situación de vulnerabilidad. ¿Cómo se puede revertir esto? Ese es el propósito de la resolución 4/19: poner al alcance de los Estados lineamientos básicos derivados de la práctica internacional de los organismos de derechos humanos que llevan el fin último de darle a los migrantes las garantías oficiales mínimas. El debido proceso, aún frente a procedimientos administrativos sumarios, breves, debe contener las mínimas garantías (el derecho a ser escuchado y el derecho a que cada una de las personas pueda presentar su posición personal ante un juez o una autoridad imparcial e independiente). Y a partir de ahí, poder determinar cuál es la situación particular de cada una de las personas y cuáles sus necesidades especiales. Por eso la propia resolución desaconseja las repatriaciones masivas. No tanto por el número en sí mismo, sino porque cuando se hacen, al margen de garantías judiciales, es imposible poder determinar las necesidades especiales. Y si bien cada Estado es soberano para aplicar la ley migratoria, no puede uno desconocer su existencia. Tampoco puede uno negar el derecho que tienen los países para establecer los requisitos de ingreso. Esto, sin embargo, no lo releva de la responsabilidad de adoptar medidas acordes al debido proceso para que entonces la salida del país y el regreso al país de origen cumpla con garantías mínimas que permitan una repatriación ordenada y segura. Creo que ese sería el fin último a alcanzar en estos casos de repatriaciones.

CAB: En la Argentina, la revisión -el proceso en el marco del cual revisamos el proceder estatal- se desarrolla bajo el manto del proceso civil y comercial, que es un proceso diseñado para debatir cuestiones patrimoniales, básicamente, o civiles o comerciales, como dice su nombre. En ese marco nosotros debatimos la cuestión migratoria. ¿Cuál es su opinión sobre la creación de tribunales migratorios con pausas procesales específicas?

JH: Me costaría trabajo entrar a analizar una situación específica de administración de justicia en algunos de los países. Creo que ahí cada uno de los Estados tiene la soberanía para organizar su sistema de justicia. Lo que es importante, lo que es realmente importante, son dos elementos: la existencia de una ley previa que otorgue la competencia al órgano judicial competente en la materia migratoria y que esos órganos establecidos tengan a su alcance la normatividad acorde a los estándares internacionales. Más que el órgano en sí mismo, a mí lo que más me preocuparía es la aplicación por ese órgano de protocolos acordes a los estándares interamericanos. Si esos protocolos son seguidos, creo que habrá una garantía plena a los derechos humanos de los migrantes. Y si se crean tribunales especializados en la materia que estén debidamente capacitados para la aplicación de estos protocolos previamente establecidos, entonces se puede encontrar una situación de pleno respeto a los derechos humanos. Al principio de esta charla señalaba que uno de los grandes desafíos es que en los países existan procesos de regularización, porque gran parte de la migración se da hoy por canales irregulares. Pero precisamente la regularización pasa por tribunales u órganos competentes y pasa también por la debida aplicación de protocolos que estén de acordes a los estándares internacionales de derechos humanos generalmente aceptados.

CAB: ¿Y el procedimiento?

JH: El debido proceso que tenga que seguirse debe contemplar garantías mínimas. Por ejemplo, la persona tiene que ser auxiliada por un letrado o letrada de su confianza; o aquellas personas que no hablen el idioma del país de destino, deben contar con un intérprete. Muy importante, también -de esto se habla poco pero es muy relevante-, es la asistencia consular que pueda brindarse a las personas migrantes en procedimientos. Aquí hay una gran práctica en la región, y es fundamental esta presencia consular porque serán siempre los cónsules el vínculo entre la persona migrante y el país de origen, la familia, las autoridades. Es muy importante, además, que las personas sean escuchadas por un juez o autoridad independiente y que exista también la posibilidad de la revisión del fallo; También, que tengan la posibilidad de recurrir ante un juez las decisiones de índole administrativa para que sea un juez quien dicte la decisión final. Son parte de garantías mínimas del debido proceso que tienen que ser respetadas por los órganos independientemente de su organización.

HLL: Usted hacía referencia a que es fundamental garantizar la protección internacional. ¿Considera que en la región se han profundizado los problemas en el acceso a los procesos de asilo y al territorio? Y en su caso, ¿cuáles cree que son las causas de la profundización de esas barreras para las personas con necesidades de protección internacional?

JH: Sí, definitivamente estamos observando un aumento de solicitudes de protección internacional. Y esto se da en todos y cada uno de los países en donde hoy tienen un tema migratorio presente. ¿Cómo me lo explico yo? Bueno, en primer lugar, creo que el concepto de protección internacional tiene que ser profundizado e internalizado por los

países a todos los niveles de la autoridad estatal que entren en contacto con una persona migrante. El concepto de protección complementaria que nos viene desde Cartagena no ha sido plenamente incorporado en ley. Y en aquellos países en donde ha sido incorporado en ley existe a su vez una dificultad para su pronta y debida aplicación. Entonces esta es una de las principales problemáticas que se están presentando. En segundo lugar, los números están rebasando las capacidades estatales. Y aquí también existe un deber de los Estados de fortalecer sus propias capacidades administrativas, de recursos humanos, de proveer mayores recursos a los albergues para que en este proceso de análisis, de solicitudes de refugio o de protección complementaria, las personas puedan recibir un trato digno mínimo, pero al final de cuentas digno para que puedan esperar a la decisión final sobre su situación jurídica.

HLL: En el marco de la Asociación Interamericana de Defensorías Públicas (AIDEP) y en colaboración con el programa de apoyo de EUROsocial+, se han venido realizando en los últimos años una serie de iniciativas vinculadas al acceso a la justicia de personas en contexto de movilidad humana. En concreto: un modelo regional de defensa pública, un diagnóstico regional y la creación de la red interamericana. ¿Cuál es su opinión sobre el alcance de estas iniciativas y, en específico, sobre el rol de la defensa pública en la región como garantía de acceso a la justicia de las personas en contexto de movilidad humana?

JH: Estas alianzas que están desarrollando en el marco de la AIDEP y con el programa de EUROsocial+ de la Unión Europea son de gran importancia. En el auxilio de personas migrantes, las defensorías públicas tienen un rol fundamental que jugar. Observo que hay defensorías públicas muy bien establecidas y

POR CÉSAR AUGUSTO BALAGUER Y HERNÁN DE LLANO

con gran trabajo, como es el caso de Argentina. Pero existen otros países donde las defensorías públicas aún son incipientes y requieren de mucho mayor trabajo, desarrollo y recursos. Ojalá esta alianza entre AIDEF y el programa EUROsocial+ esté dirigida al fortalecimiento de las capacidades en aquellos países donde se requiera. Sabemos bien que las personas migrantes generalmente se encuentran en situación de pobreza, que no podrían pagar un abogado o una abogada que los defiendan. Entonces, dependen 100% de las defensorías públicas. Y ahí que estas iniciativas suman a los esfuerzos para garantizar a las personas en movilidad humana el acceso a la justicia al que tienen derecho.