

POLÍTICA MIGRATORIA Y DELITOS: EXPULSIÓN POR CAUSAS PENALES Y DERECHOS BAJO LA ACTUAL LEY ARGENTINA DE MIGRACIONES

Lila García¹

En este trabajo presento algunos hallazgos de la investigación doctoral sobre la implementación de la política migratoria argentina a través del poder judicial: los casos de expulsiones por delitos, utilizando como fuente principal los expedientes cuya causa de expulsión fuera penal. Primero, planteo el diferente régimen legal de la expulsión de personas “ingresantes” y de “residentes”; luego, listo los casos encontrados con los elementos (cantidad de años de condena, existencia de familia, año de ingreso, etc.) que permitirán analizar el balance entre la condena penal, la expulsión, y los derechos (ej. a la reunificación familiar). Entre las conclusiones, considero que la expulsión luego de cumplida la condena es una sanción que menoscaba el principio de *non bis in idem* y que en casi todos los casos la persona fue tratada como “ingresante”, inhabilitando así la revisión judicial.

Palabras clave: política migratoria, expulsión, delito, poder judicial, Argentina.

Presentación²

La ley argentina de política migratoria Nro. 25.871 vigente desde 2004 (en adelante, “LM”) vino, junto con el “Programa Nacional de Normalización Documentaria Migratoria” (tanto para personas nacionales del MERCOSUR como “extra” MERCOSUR), a sentar el primer pilar de un nuevo proyecto migratorio en la Argentina. Un dato sobresaliente es que aquella legislación reconoce a todas las personas un derecho humano a migrar³, consagrando además una serie

¹ Centro de Docencia y Derechos Humanos “Alicia Moreau de Justo”, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Mar del Plata. Mar del Plata, Argentina.

² Una versión preliminar se presentó en las X Jornadas de Sociología, Buenos Aires, julio 2013. La autora agradece los alentadores comentarios de Natalia Debandi y la pormenorizada lectura y señalamientos de Marta Fernández y Patallo, isin dudas el artículo ganó en claridad gracias a ellos!

³ El artículo 4 de la LM establece: “el derecho a la migración es esencial e inalienable de la persona

de derechos que mejoran, incluso, los estándares mínimos previstos en varios instrumentos internacionales de derechos humanos⁴. Argentina conforma, así, una de las primeras experiencias de incorporar derechos humanos a un ámbito (la política migratoria) reservado *naturalmente* a la esfera doméstica de los Estados.

En este marco, este artículo se basa en una investigación que se preguntó por la implementación de esta política migratoria en términos de derechos humanos: de manera central, la tesis doctoral analizó las políticas de control migratorio (admisión, ingreso, permanencia y egreso – en particular expulsión) a través de la justicia administrativa de la Capital Federal, ciudad donde tramitan casi el 90% de los pedidos administrativos de residencia. El *corpus* se compuso de expedientes y sentencias donde una de las partes en el caso fuera la Dirección Nacional de Migraciones (DNM), autoridad de aplicación de la ley 25.871. Para los juzgados unipersonales de la primera instancia (doce en total), el procedimiento de selección fue aleatorio aunque proporcional por cada uno; las sentencias de la instancia de apelación (cinco salas de tres miembros) fueron relevadas casi en su totalidad. En suma, se cubrió el 50% de la totalidad de los casos promovidos entre 2004 y 2010.

Entonces, aquí se aborda el ejercicio de las facultades (expulsivas) que conserva el Estado en cabeza de DNM en razón de causas penales y su articulación con otros derechos: el derecho a migrar, a la reunificación familiar (art. 17, LM) y a ciertas garantías mínimas frente a la expulsión de personas residentes. Para ello, se seleccionaron aquellos expedientes de la investigación donde la causa de expulsión fuera por delitos, sumando en total sesenta y cinco, así como las sentencias pertinentes.

Sobre la expulsión, puede decirse que actualmente existe consenso en reconocerla como sanción: “una de las medidas que mejor representa el régimen punitivo del derecho de extranjería”⁵, “una medida sancionatoria que implica ejercicio del poder punitivo propio del Estado y, por tanto, coacción”⁶, un castigo penal (*punishment*)⁷ que “no se limita a afectar la libre elección de residencia de la persona, se extiende a todas las facetas de la vida personal y social, afectando de un modo u otro una multitud de derechos”⁸ y por ello, “demasiado grave para

y la República Argentina lo garantiza sobre la base de los principios de igualdad y universalidad”.

⁴ Por ejemplo, la Convención de Trabajadores Migratorios establece que la atención en salud se reconoce para inmigrantes en situación regular; en cambio, la ley argentina permite el acceso también para personas en situación administrativa irregular.

⁵ BARREDA LÓPEZ, Francisco. *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*, p. 264.

⁶ Revenga Sánchez, citado por GOIZUETA VÉRTIZ, Juana. Libertad de desplazamiento de los extranjeros en territorio español: un reflejo de la política restrictiva en materia de extranjería, p. 101.

⁷ SWEENEY, Maureen. Fact of Fiction: The Legal Construction of Immigration Removal for Crimes, p. 47 y ss.

⁸ MONCLUS MASÓ, Martha. *La Gestión Penal de la Inmigración. El Recurso al Sistema Penal para el Control de los Flujos Migratorios*, p. 406.

que sea aplicada por la administración”⁹. Incluso, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido que también “las sanciones administrativas son una expresión del poder punitivo del Estado”¹⁰.

Por su parte, los antecedentes jurisprudenciales argentinos relevados por Ceriani, Morales y Ricart¹¹ no dejan lugar a dudas sobre el carácter sancionatorio que reviste la expulsión. En “Wan Qingen”, citan, la sala IV de la justicia administrativa de la Capital Federal había considerado que

la expulsión de personas extranjeras... constituye una sanción penal administrativa. La circunstancia de que, en el caso, la medida expulsiva no reúna características de una condena penal, toda vez que no responde a la comisión de un delito sino a incumplimientos de requisitos administrativos, no quita a la sanción su carácter punitivo, en cuanto supone la exclusión de los afectados de la sociedad nacional (sentencia del 12/10/2000).

Por su gravedad, un tribunal penal de Buenos Aires también ha reconocido que

la sola calidad de extranjero para fundamentar una pena accesoria como es la expulsión del país, no solo viola los principios antes mencionados [igualdad ante la ley, no discriminación, entre otros], sino que también implica la transgresión del principio de culpabilidad (y al principio de resocialización de la pena), el principio que prohíbe el *non bis in idem*....¹²

Este juego entre lo administrativo y lo penal también puede verse en otros aspectos. En la LM hay dos grandes grupos de causas de expulsión: las de tipo administrativo y las de tipo penal. Las primeras refieren a incumplimientos dentro del universo de los documentos y del trámite, como por ejemplo el ingreso por lugar u horario no habilitado (en rigor, la falta de prueba de ingreso legal: 29.i) y la presentación de documentación reputada falsa o adulterada por la autoridad de aplicación (29.a). Este supuesto nos ubica en el límite entre las causas administrativas y las penales, desde que la existencia de una condena o de antecedentes por haber presentado documentación falsa está prevista expresamente (29.g).

El otro grupo, el de las causales de tipo penal, es la mayoría simple del artículo 29: sobre once causales, seis son penales y las veremos con más detalle en la siguiente sección¹³.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ Corte IDH, Caso *Velez Loor vs. Panama*, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 23 de noviembre de 2010, Serie C nro. 218, párrafo 170.

¹¹ CERIANI, Pablo, MORALES, Diego, RICART, Luciana. Los Derechos de Los Migrantes En La Jurisprudencia Argentina, p. 855-861.

¹² Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, caso “GMR”, sentencia del 29 de octubre de 2009.

¹³ Existe, en esta línea, la posibilidad de que la expulsión reemplace la sanción penal o lo que queda de ella (art. 64). Más allá de que esta posibilidad refuerce la idea de la expulsión como sanción, desde que estos pedidos tramitan en los expedientes del fuero penal, quedaron fuera del alcance

Por otra parte, estas causales administrativas y penales se distribuyen entre su aplicación al ingreso y a la residencia: en el artículo 29 (bajo el título II “De la admisión de extranjeros...”) se concentran las *causales impeditivas* (administrativas y penales) del ingreso mientras que bajo el título V (“De la ilegalidad e ilegalidad de la permanencia”) se tratan aquellas para terminar una residencia. Esta diferente regulación que trae la ley tiene importantes consecuencias al momento de dictar la expulsión.

De los casos de expulsión por causal penal se ocupa este trabajo. A continuación se analiza la situación de las causales penales en la ley de migraciones, diferenciando a “ingresantes” de “residentes”, con especial énfasis en los casos de personas expulsadas por condenas de poca monta, para concluir señalando algunos puntos débiles en la aplicación de la política migratoria a partir de sus previsiones penales.

1. Las causales penales en la ley argentina de migraciones

La inexistencia de condenas o antecedentes penales como requisito para admitir o autorizar la permanencia de una persona no nacional ha sido prácticamente el único obstáculo superviviente en la actual LM de la larga lista de imposibilidades que ha recorrido la legislación argentina, que incluía defectos físicos, precario estado de salud, menores de 14 años y mayores de 60, mujeres no acompañadas, etc.

Como adelantara, las causales penales pueden ser analizadas desde al menos dos puntos de vista: (i) como “causal impeditiva” del ingreso: art. 29 incisos c) a h) de la ley; (ii) como motivo de posible terminación de una residencia. Estas distintas regulaciones deberían evitar que se aplicaran las causales del artículo 29 a personas que, lejos de ser “ingresantes” son residentes, incluso desde hace varios años (*long term residents*).

1.1. Las causales penales para ingresantes

La regulación de causales penales concernientes al ingreso se encuentra en el art. 29. Este es, en la práctica, el principal resorte administrativo para ejercer la facultad de denegar la residencia y habilitar la posterior expulsión y para las personas migrantes, la principal barrera para el ejercicio del derecho a migrar. Las causales se reparten entre los simples antecedentes y la condena; entre los más graves: genocidio, terrorismo, crímenes de lesa humanidad; otros relacionados con la trata y el tráfico de personas, en particular migrantes, y la explotación sexual. Existen dos en particular que constituyen la gran mayoría de motivos de

de mi investigación, concentrada en los expedientes que tuvieran como parte a DNM, en trámite ante el fuero administrativo.

expulsión (siempre de tipo penal) que encontré en mi investigación, por lo que se reproducen a continuación:

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;

g) Haber sido condenado en la Argentina o tener antecedentes por haber presentado documentación material o ideológicamente falsa, para obtener para sí o para un tercero un beneficio migratorio.

Entonces, los cinco supuestos de antecedentes o condenas contemplan distintos tipos de delitos, de distinta gravedad y penas que se detallan en el esquema a continuación.

Esquema 1 - Causales penales en el art. 29: inciso, acción requerida y delito de fondo

Inciso	Requerimiento	Delito de fondo
c	Estar condenado/a (cumplida o en cumplimiento) Tener antecedentes	Tráfico de armas Tráfico de personas Tráfico de estupefacientes Lavado de dinero Inversiones en actividades ilícitas Delito que merezca para la legislación argentina pena privativa de la libertad de 3 años o más.
d	Incurrir o participar	Actos que constituyan genocidio, crímenes de guerra, terrorismo o delitos de lesa humanidad. Otros actos susceptibles de ser juzgados por el Tribunal Penal Internacional.
e	Tener antecedentes	Actividades terroristas
	Pertenecer	A organizaciones reconocidas como imputadas de acciones susceptibles de ser juzgadas por el Tribunal Penal Internacional o la ley de Defensa de la Democracia.
f	Estar condenado/a Tener antecedentes	Promoción o facilitación, con fines de lucro, del ingreso, permanencia o egreso ilegales de extranjeros en el territorio nacional.
g	Estar condenado/a Tener antecedentes	Presentación de documentación material o ideológicamente falsa, para obtener para sí o para un tercero un beneficio migratorio.
h	Promover, lucrar, ser condenado o tener antecedentes	Prostitución
	Desarrollar actividades relacionadas	Tráfico o explotación sexual de personas

El esquema anterior intenta presentar un panorama más claro de los distintos delitos y requerimientos del artículo 29. Ello, porque el "c", que es el más genérico,

ha suscitado debate en su aplicación: por un lado, DNM abona una interpretación amplia que en la práctica, permite la expulsión por haber sido o estar condenado, por cualquier delito y sin mínimo de gravedad; en contraposición, los abogados defensores sostienen que el inciso se refiere sólo a ciertos delitos o con cierto piso mínimo (condena por 3 años). El principal argumento para esta última postura es que si se pudiera expulsar por cualquier condena o delito, el inciso “c” cubriría todos los casos y las otras causales penales del mismo artículo no tendrían razón de ser. Por demás, otras legislaciones tienen también el requisito de alguna gravedad para que los delitos habiliten la expulsión¹⁴.

Por último, la LM prevé excepciones a estas causales: una de ellas es la reunificación familiar. El párrafo final del artículo 29 dispone que DNM “podrá admitir excepcionalmente, por razones... de reunificación familiar... a los extranjeros comprendidos en el presente artículo” y también, al regular la detención administrativa, establece que una vez producida “y en el caso que el extranjero retenido alegara ser padre, hijo o cónyuge de argentino nativo... [DNM] deberá suspender la expulsión... acreditado que fuera dicho vínculo el extranjero recuperará en forma inmediata su libertad” (art. 70).

1.2. Las causales penales para residentes

La segunda parte de la LM dispone mayores protecciones para proceder a la expulsión de una persona residente en Argentina¹⁵. Primero, DNM debe intimar a la persona a regularizar en lugar de dictar automáticamente la expulsión por hallarla en situación irregular; luego, la expulsión no es ejecutable sino hasta después de terminada la revisión judicial (art. 61)¹⁶. Para esta intimación, se establece que DNM tendrá en cuenta el plazo de permanencia en el país y sus vínculos familiares, que terminan siendo parámetros mínimos para la revisión judicial.

Tratándose de causales penales, existen dos grandes supuestos. Para delitos generales, se requieren mayores requisitos: (i) un mínimo de cinco años (en lugar del mínimo de tres años del artículo 29.c), (ii) delito doloso, (iii) se elimina la mención de los antecedentes penales y (iv) antes de dictar la expulsión

¹⁴ La legislación española, por ejemplo, prevé que la sanción debe ser de al menos un año de prisión y por delito doloso (LO 4/2000; véase BOZA MARTÍNEZ, Diego. La expulsión de residentes de larga duración como consecuencia de condena penal y la jurisprudencia del TEDH).

¹⁵ Según jurisprudencia de la Corte Suprema argentina, la “residencia” remite a una situación de hecho y no, en consecuencia, a la autorización de la autoridad de aplicación (fallo “H-Nising”).

¹⁶ “ARTICULO 61. — Al constatar la irregularidad de la permanencia de un extranjero en el país, y atendiendo a las circunstancias de profesión del extranjero, su parentesco con nacionales argentinos, el plazo de permanencia acreditado y demás condiciones personales y sociales, la Dirección Nacional de Migraciones deberá conminarlo a regularizar su situación en el plazo perentorio que fije para tal efecto, bajo apercibimiento de decretar su expulsión. Vencido el plazo sin que se regularice la situación, la Dirección Nacional de Migraciones decretará su expulsión con efecto suspensivo y dará intervención y actuará como parte ante el Juez o Tribunal con competencia en la materia, a efectos de la revisión de la decisión administrativa de expulsión”.

deben haber transcurrido 2 años desde el cumplimiento de la condena¹⁷. Para graves delitos como genocidio, lesa humanidad, crímenes de guerra, terrorismo y otros susceptibles de ser juzgados por el Tribunal Penal Internacional, se podrá disponer la cancelación de residencia y posterior expulsión “cualquiera sea la situación de su residencia” (art. 62 última parte).

Por último, también estos casos quedan cubiertos por el efecto suspensivo de la expulsión y la intervención judicial obligatoria (arts. 61 y 62), así como por la necesaria valoración del plazo de permanencia y la existencia de vínculos, etc. Por ello es que, aún en el caso de delitos graves, se prevé la dispensa de la expulsión por tener familia en el país.

Estas previsiones quieren decir, en definitiva, que la expulsión de residentes no es “automática”: siempre que haya irregularidad (la cual puede ocurrir por existir alguna causal penal que impida obtener una residencia legal) primero se solicita regularizar y si el pedido no ocurre, la orden de expulsión que pueda dictarse está sujeta a revisión judicial. Estas previsiones van en línea con aquellas protecciones previstas en la legislación comparada, que también prevén evaluar los vínculos en el país, las consecuencias para su familia; más aún, para las personas que haya residido por un largo plazo, no se permite respecto de ellas la expulsión (legislación española L.O. 4/2000), salvo que sean una amenaza real y grave para el orden público (Directiva 2003/109 UE) y aún siendo así, hay recursos administrativos y judiciales.

2. Los casos con causal penal

El resultado de la revisión de expedientes se refleja en el cuadro a continuación. Como ya he mencionado, esta revisión excluye, por ejemplo, las expulsiones tramitadas en los mismos expedientes penales, como las de egreso anticipado por aplicación del artículo 64, y se trata mayormente de trámites de “retención”¹⁸.

Algunos datos son estimativos (como el momento del ingreso, anterior o posterior a 2004) y se indica la base sobre la cual se estima; esto se relevó para estimar si se trata de “ingresantes” o residentes. Se incluye una columna particular donde se detallan datos de la existencia de familia en Argentina. Finalmente, como está construido en base a expedientes, en algunos casos no surge de ellos alguna información (“sin datos” -S/D).

¹⁷ El artículo 62 dice: “b) El residente hubiese sido condenado judicialmente en la República por delito doloso que merezca pena privativa de libertad mayor de cinco (5) años o registrase una conducta reiterante en la comisión de delitos. En el primer supuesto cumplida la condena, deberá transcurrir un plazo de dos (2) años para que se dicte la resolución definitiva de cancelación de residencia, la que se fundamentará en la posible incursión por parte del extranjero en los impedimentos previstos en el artículo 29 de la presente ley...”

¹⁸ Una “retención” es una detención a los fines de una expulsión. Es solicitada por DNM y sólo puede ser autorizada judicialmente.

Cuadro 1. A. - Expedientes por delitos vinculados a la documentación migratoria

<i>Expte.*</i>	<i>Condena (años)</i>	<i>Situación penal</i>	<i>Pedido retención</i>	<i>Delito</i>	<i>Flía.</i>	<i>Ingreso anterior a 2004?</i>
1. K.	3 años en suspenso	S/D	2009	Falsificación instr. Público	S/D	Probable (causa penal de 2004)
2. M.O.	3 años en suspenso	S/D (condenada en 2000)	2009	Falsificación DNI	Hijos	Sí (causa penal de 1998)
3. M.M	3 años ej. Condicional	S/D	2010	Falsificación DNI	S/D	Probable (condena de 2005)
4. D.S.	3 años en suspenso	S/D	2008	Falsificación pasaporte	S/D	Sí (causa penal de 2003)

* Nombre suprimidos - Fuente: elaboración propia.

Cuadro 1.B. - Expedientes por otros delitos

<i>Expte.*</i>	<i>Condena (años)</i>	<i>Situación penal</i>	<i>Fecha Pedido retención</i>	<i>Familia</i>	<i>Ingreso anterior a 2004?</i>
5 AM	Más de 3 años	Lib. Condicional dde 2006	2010	S/D	Probable (condena de 2004)
6 L. Ch.	Más de 3 años	Vto. Pena febrero 2008	2009	S/D	S/D
7 P. Mu	Más de 3 años	Vto. Pena enero 2009	2009	S/D	Probable (causa penal de 2004)
8 P.V.	Más de 3 años	"soltura" en 2007	2008	Hijos	Sí (expulsión previa: 1995)
9 Z.Z.	Más de 3 años	S/D	2008	S/D	S/D
10 G.H.	Más de 3 años	S/D	2009	S/D	Sí (hay expulsión de 1988)
11 B.V.	3 años	S/D	2009	S/D	sin datos
12 S.	Más de 3 años	Libertad condicional desde 2002	2008	S/D	Sí (libertad condicional de 2002)
13 A.N.	Más de 3 años	Antecedentes (en país de origen)	2009	S/D	S/D
14 V.Va.	Más de 3 años	Vto. Condena junio 2001	2008	S/D	Sí (pena venció en 2001)
15 G.M.	Más de 3 años	S/D	2010	S/D	S/D
16 A.V.	Más de 3 años	Vencimiento condena: junio 2001	2008	S/D	Sí (la condena venció en 2001)
17 P.P.	Más de 3 años	S/D	2010	S/D	S/D
18 V.Co	Más de 3 años	Antecedentes (en país de origen)	2010	S/D	S/D
19 E.V.	Más de 3 años	S/D	2010	Hijos	S/D

20 G.Ca	Menos de 3 años	S/D	2010	S/D	S/D
21 G.A.	Más de 3 años	libertad condicional desde 2006	2009	S/D	SI (1997)
22 J.B.	Más de 3 años	Vencimiento pena: enero 1999	2009	Hijos	Sí (condena data de 1990)
23 C.E.	Más de 3 años	Vto. Pena: octubre 2007	2010	S/D	S/D
24 L.	Más de 3 años	S/d	2010	Sí (concubino/a)	Sí (entró en 2001)
25 C.C.	Más de 3 años	Vencimiento pena: noviembre 2007	2010	Probable (a 2001 era menor)	Sí (causa iniciada en 2001)
26 G.Q.	3 años	Vencimiento pena: julio 2007	2010	Sí	Sí (notificación expulsión de 2002)
27 F.V.	3 años	S/D	2008	Sí (concubina e hijo menor)	Probable (condena es de 2005)
28 C.	Más de 3 años	S/D (condena cumplida al parecer)	2009	Hijos	Sí (condenas datan de los noventa)
29 C.S.	Más de 3 años	Vto. Condena: mayo 2007	2008	s/d	no (ingreso en mayo 2004)
30 B.	Más de 3 años	S/D	2009	S/D	Sí (primer expediente migratorio de 1994)
31 C.H.	Más de 3 años	S/D	2009	Probable (condena en Menores)	Sí (hay expulsión de 2001)
32 R.Z.	NO	Persecución suspendida falta de pruebas	2009	S/D	Sí (1990)
33 F.R.	Más de 3 años	vencimiento pena: diciembre 2006	2010	S/D	S/D
34 R,A	Más de 3 años	S/D	2009	S/D	Sí (consta expulsión de 1999, condena 1997)
35 C.V.	3 años	Vencimiento pena: diciembre 2007	2008	S/D	Sí (consta expulsión de 1996)
36 P.MA.	NO	Suspensión juicio a prueba (otorgada en septiembre 2003)	2009	S/D	Sí (consta expulsión de 1997)
37 S.P.	Menos de 3 años (en suspenso)	S/D (condena de 2002)	2009	S/D	Sí (surge condena de 1987; expulsión de 1994)
38 M.M.	Más de 3 años	Condena cumplida	2010	S/D	S/D
39 C.N.	Más de 3 años	vencimiento: febrero 2005	2009	S/D	Sí (primer expediente migratorio de 2001)
40 H.P.	S/D	Es una infracción contravencional	2004	S/D	Sí (consta expulsión de 2001)

41 M.X.	S/D	Vencimiento pena: julio 2006	2008	S/D	Sí (primer expediente migratorio de 2003)
42 Q.P.	Más de 3 años	Vencimiento pena: agosto 2008.	2010	S/D	Sí (condena penal de 2003)
43 R.D.S.	Más de 3 años	Vencimiento pena: febrero 2008	2008	S/D	Sí (primer expediente migratorio de 2002)
44 M.G.	Menos de 3 años	S/D (condena de 2003)	2009	S/D	Sí (primer expediente migratorio de 1999)
45 O.G.	Más de 3 años	S/D	2009	esposa e hijos	Sí (hay expediente migratorio de 1981)
46 G.G.	NO	Veredicto absolutorio	2010	S/D	S/D
47 L.L.	Más de 3 años	Vencimiento pena: marzo 2003	2009	esposa e hijo	sí (condena es de 2001)
48 G.MA.	Más de 3 años	Vencimiento condena: 1996	2009	S/D	Sí (hay expulsión de 1992)
49 R.M.	S/D	Probable absolución (informada a DNM)	2009	S/D	S/D
50 P.H.	Más de 3 años	S/D	2009	S/D	Sí (hay expulsión de 2000)
51 K.	Más de 3 años	Condena cumplida a 2005	2010	S/D	Sí (hay expedientes migratorios de 2001 y 2002)
52 L.F.	Más de 3 años	Vencimiento pena: noviembre 2001	2010	S/D	Sí (condena vencía en 2001)
53 B.M.	S/D	vencimiento pena: septiembre 2004	2008	S/D	Sí (inspección que lo "detecta" de 1985)
54 F.	Más de 3 años	Vencimiento pena: agosto 2006	2009	S/D	Sí (causa penal iniciada en 2003)
55 M.C.	Más de 3 años	S/D	2009	S/D	Sí (hay actuación administrativa de 2001)
56 H.R.	Más de 3 años	Condena cumplida	2009	S/D	Sí (hay expulsión de 1996)
57 R.T.	Menos de 3 años (6 meses)	S/D	2010	Hijos	S/D
58 F.O.	Menos de 3 años	Vencimiento condena: septiembre 2009	2010	Sí (familia en general)	S/D
59 R.C.	Menos de 3 años (1 año)	S/D	2010	Hijos menores	Sí (hay expulsión de 2003)
60 Z.S.C.	Menos de 3 años (5 meses)	S/D	2010	Hijos menores	S/D
61 M.O.	Menos de 3 años (1 año 6 meses)	S/D	2010	S/D	S/D
62 D.A.	3 años	Libertad condicional en 2007	2010	S/D	Probable (se presentó a Patria Grande)

63 O.O.	Menos de 3 años	S/D	2010	S/D	Probable (se presentó a Patria Grande)
64 PJS	NO	Procesamiento sin PP; se decretó rebeldía	2008	S/D	Probable (se presentó a regularizar)
65 R.	Más de 3 años	Vto. Pena: octubre 2007	2008	S/D	Probable (sentencia de 2005)

* Nombres suprimidos. Fuente: elaboración propia.

El cuadro intenta dar cuenta de cuatro parámetros que deben ser tenidos en cuenta al momento de decretar la expulsión de una persona por aplicación de una causal penal: (i) si la condena alcanza los tres o los cinco años de mínimo para “ingresantes” y residentes, respectivamente; (ii) situación formal de la persona frente al sistema penal (columnas 2 y 3), ej. Condena cumplida; (iii) (existencia de) familia (quinta columna); (iv) plazo presunto de residencia (última columna).

Otro elemento a tener en cuenta es si la causal está relacionada con la legislación migratoria anterior: previo a la LM, los nacionales del MERCOSUR no tenían una categoría propia que les permitiera residir por su sola nacionalidad (art. 23 inciso L, LM), sino que debían probar, primordialmente, un contrato de trabajo o de estudio. Esto provocaba ingresos por lugares no habilitados, excedencias en la residencia autorizada como turistas o falsificación de documentos. La falsificación de documentos se daba de varias maneras; la más usual era la falsificación que se conoce como “ideológica”: el documento (con frecuencia, el Documento Nacional de Identidad, DNI, para extranjeros, que probaba la residencia regular) era real pero el número del expediente de radicación ante DNM no lo era. Esto es: en cada DNI otorgado a persona extranjera se dejaba constancia del número de expediente administrativo ante DNM que había autorizado la residencia, con la firma del funcionario correspondiente; lo que se hacía era, por ejemplo, consignar el número de expediente real de una persona determinada, en varios DNIs. Muchos de estos casos salieron a la luz cuando comenzó la implementación del programa de regularización (por ejemplo, las personas no podían probar su ingreso con el talón respectivo) y para el caso de las causales penales, la falsificación de documentos ocurrida durante la vigencia de la ley anterior, terminó constituyendo un gran obstáculo para la regularización (por no mencionar la apertura de causas penales por falsificación).

Entonces, la expulsión bajo el nuevo plan migratorio por vicios del régimen anterior puede ser una virtual de reproducción del régimen de la “ley Videla”. Por ejemplo, en los casos 10 y 12 del cuadro, además del delito principal, las personas tienen causas por la “ley Videla” (caso 10) o por pasaporte falso (caso 12).

Asimismo, surgen varios casos de personas con condena cumplida (casos 2, 38, 51, 56) o bien, vencida. En este último caso, cuando transcurre el tiempo fijado

en la sentencia condenatoria, la pena se cumplió (salvo algunos avatares como reducción de la pena o reincidencia, etc.). Comparando la fecha de vencimiento de la pena con la sentencia de retención, hay varios casos donde la orden judicial para efectivizar la expulsión se dicta muchos años después aquél vencimiento: los nros. 48 (trece años entre el vencimiento y la orden de retención), 22 (diez años), 52 (nueve años), 14 (siete años), 33, 39, 47 y 53 (cuatro años).

Por otra parte, de los casos volcados en el cuadro, unos 18 (casi 28%) se refieren a pedidos de expulsión ordenados en virtud de una condena igual o inferior a 3 años: en particular hay al menos tres casos donde las condenas son de 6, 5 y 3 meses de prisión (casos 57, 60 y 44, respectivamente). Incluso, algunos llaman la atención: un caso donde no hubo condena por falta de pruebas (caso 32), otro donde se obtuvo una suspensión del juicio a prueba (caso 36), en otro el expediente sólo refiere una infracción contravencional, o sea no penal (caso 40), y uno corresponde a una sentencia absolutoria (caso 46), algo similar a lo que podría haber pasado en el caso 49, donde desde el juzgado informan a DNM la posibilidad de que se dicte la absolución. Finalmente, hay uno sólo con procesamiento (sin prisión preventiva) y la persona fue declarada en rebeldía (caso 64). En todos ellos, junto con los demás de condenas inferiores a los 3 años, no existiría causal suficiente que habilite la expulsión y en suma, se refiere a delitos de poca monta; conforman casi el 37%.

Por la frecuencia con que aparecieron casos de órdenes de expulsión en base a condenas inferiores a los tres años, merecen un análisis aparte.

2.1. Los casos de expulsión con condena inferior a los 3 años de prisión

El primer grupo de casos es aquél por falsificación de documentación migratoria (Cuadro 1.A); aquí el análisis que cabría hacer es en qué medida la expulsión por haber falsificado documentación bajo el régimen anterior solo sanciona a la persona, víctima en algún sentido, y reproduce los vicios del régimen anterior. La perspectiva aquí no es tanto si cumple los parámetros legales sino si la previsión legal en sí misma es coherente con una política migratoria que en privilegia a la persona y su derecho a migrar por sobre el Estado¹⁹.

En el cuadro a continuación se hace un detalle mayor de los casos del Cuadro 1.B que tuvieron una condena inferior a 3 años: en ellos entra en discusión la interpretación del 29.c. y la pertinencia de una expulsión por delitos de poca monta. Cuando es posible, se detalla el tipo de delito así como el año

¹⁹ VIOR, V. Eduardo, BONILLA, B. Alcira. El derecho humano a la migración y las ciudadanía interculturales emergentes: el caso de la minoría de origen boliviano en la Ciudad de Buenos Aires; GARCÍA, Lila. *Nueva política migratoria y derechos de la movilidad. Implementación y desafíos de una política basada en derechos humanos a través del poder judicial.*

de condena (para evaluar si, por ejemplo, ha caducado conforme el artículo 51 del Código Penal), los años de prohibición de reingreso aprobados por DNM, la decisión judicial (otorgar “Sí” o denegar “No”, la retención para proceder a la expulsión) y si hay datos sobre si la persona ha consentido su expulsión.

Cuadro 2. - Expedientes por delitos con condenas inferiores a los 3 años

CASO	Detalle penal	Delito	Año condena	Flia	Residente	Prohibición reingreso	Retención	Consentimiento expulsión
44	3 meses	Robo (tentativa)	2003	S/D	Sí (desde al menos 1999). Surge que se presentó a Patria Grande (2006).	5 años	Sí	Se le informa que si quiere recurrir, debe abonar tasa. No hay datos sobre el recurso.
57	6 meses (ej. condicional)	Robo (tentativa)	S/D	Sí - hijos	S/D	5 años	No	S/D
58	2 años 4 meses (pena unificada)	Hurto calificado por infortunio (tentativa)	2006	Sí - “primos”	S/D	8 años	Sí	No (manifiesta no querer ser expulsado)
59	1 año	Robo	S/D	Sí - hijos	Sí (escolarizado desde al menos 1997)	S/D	Sí (hay pedido de suspensión)	No (intervención Def. Of.)
60	5 meses	Robo (tentativa)	S/D	Sí - hijos	S/D	5/8 años (1)	Sí. Luego, suspendida	No (intervención Def. Of.)
61	1 año 6 meses	S/D	S/D	S/D	S/D	S/D	Sí	Sí
63	s/d (menos de 3 años)	Robo (tentativa)	(causa de 2006)	S/D	Sí (se presentó a Patria Grande)	5 años	Sí	S/D

Fuente: elaboración propia. (1) En su escrito, DNM consigna prohibición por 8 años; en la sentencia, se menciona “5 años”.

En todos estos casos, suele suceder que DNM solicite un dictamen de su Dirección de Asuntos Legales para determinar si corresponde o no la posibilidad de expulsión, incluso si la condena es igual a 3 años. En el expediente “D.A” (caso 62, Cuadro 1.B), la persona había sido condenada a 3 años de prisión por tenencia de estupefacientes y se solicita una opinión de la referida dependencia de DNM, que dice:

Si bien la redacción de la norma no resulta del todo clara, una interpretación gramatical de la primera parte permite concluir que todo extranjero que sea condenado a alguna de las penas previstas en el artículo 5 del Código Penal (reclusión, prisión, inhabilitación y multa) o que la esté cumpliendo, cualquiera sea el delito que se le impute o cualquiera sea la duración de la condena y aún en el supuesto de que se trate de una condena de ejecución

condicional, cae en el impedimento de ingreso y permanencia del artículo 29 (Dictamen del 11/03/2009).

Otra consulta similar se efectúa en el expediente "O.O." (causa 63), donde la persona había sido condenada a menos de tres años por el delito de robo con armas en grado de tentativa. En el caso, la persona se había presentado a la regularización del "Patria Grande" (en 2006, según el año de su expediente migratorio; la causa penal se inició el mismo año), trámite a partir del cual surge el antecedente penal. Es entonces que DNM se pregunta por su situación frente al pedido de regularización dado que tiene una pena menor a 3 años, enviando una consulta desde el Departamento de Control de Permanencia al de Asuntos Legales; ella debe haber sido positiva²⁰, ya que se llegó a una orden de expulsión.

Esta situación no sería preocupante si mediara consentimiento de la persona a expulsar, como consta en el caso 61; en otros dos (casos 59 y 60) intervino el abogado defensor de oficio. En los demás, todo indica que no hubo representación letrada en el trámite administrativo de expulsión y efectivamente no la hubo en los trámites judiciales de retención. En el caso 58, por último, la persona había manifestado, al momento de ser notificada de su orden de expulsión, que no quería ser expulsada por tener familiares en el país. DNM toma esta manifestación como un recurso de "reconsideración", frente al cual la asesoría legal de dicho organismo expresa (por dictamen del 4 de agosto de 2008) que los fundamentos de tal recurso "no producen una modificación en los presupuestos...sobre los que se ha vertido opinión" ni se han arrojado elementos de prueba "y por ende resulta inconvencible el temperamento adoptado mediante el acto administrativo" impugnado.

2.2. Los casos de expulsión de residentes

Otro supuesto a analizar es el de la expulsión de personas extranjeras que, según los datos de la investigación, son o pueden ser consideradas residentes. El Cuadro 1 a y b consigna elementos para determinar si se trata de una persona residente o ingresante; la residencia, según la Corte Suprema Argentina, es una cuestión de "hecho", que para el caso de la adquisición de la ciudadanía son dos años. Si cotejamos la fecha probable de ingreso de la última columna con la de la orden de retención a los efectos de su expulsión, en casi todos los casos hay más de dos años (con lo cual, podrían haber adquirido la ciudadanía y no solo regularizar); varios de ellos, comparando la fecha de retención con la última

²⁰ Esta suposición proviene de no haber encontrado en el expediente el dictamen de Asuntos Legales. Según el diario de campo, a continuación del pedido de dictamen surge una "providencia", que lleva el número 1500, la cual, leída según los términos de la consulta previa, no tienen sentido, por lo cual no descarto que puede haber sido erróneamente glosada (en el expediente administrativo). Las fechas son cercanas (el pedido dictamen es del 22/01/2008 y lo que sería la respuesta, del 27/02/2008) y no hay más documentos que puedan constituir el dictamen.

columna (que registra la actuación más antigua referida a la persona) pueden asimismo ser considerados residentes de largo plazo (casos 2, 8, 10, 22, 28, 30, 32, 34, 35, 36, 37, 44, 45, 48, 53, 56).

En el caso “M.G.” (caso 44), la persona contaba con una residencia temporaria obtenida al amparo del convenio argentino con la República del Perú, prorrogada hasta mediados de 2000. En tiempo oportuno se había presentado al programa Patria Grande, ya que no había podido regularizar su situación con posterioridad a 2000. Al momento de presentar su certificado de antecedentes penales, surge que tiene una condena de 3 meses en suspenso y se decreta su expulsión en base al 29.c., esto es, como si fuera ingresante. En el caso “O.O.” (caso 63), la persona se presenta a Patria Grande (lo cual indicaría que ya residía en el país previamente, ya que tal era el requisito del programa de regularización) y a partir de allí surge que tenía una condena por robo con armas en grado de tentativa iniciada en 2006. En 2009 se le notifica la orden de expulsión y en 2011 se obtiene la sentencia judicial autorizando la retención. En suma, no hubo trámite para residente y su condena tampoco alcanzaba los tres años.

Para el caso de personas con condenas superiores a los tres años, de los 39 casos del Cuadro 1, pueden verse 27 donde hay datos de que la persona residía en Argentina. Respecto de ellos, debía considerarse aquellos cuyo delito cumplía con los requisitos (doloso, condena superior a cinco años o conducta reiterada) y aquellos que no. Veamos algunos casos: caso 56 (5 años por robo con armas, sin datos sobre conducta reiterada), 55 (4 años por transporte de estupefacientes, con datos de residencia en Argentina), 51 (4 años y 6 meses por contrabando de estupefacientes, con datos de residencia), 38 (4 años de condena, con datos de residencia), 21 (4 años por tenencia de estupefacientes, ingresó en 1997), 16 (4 años y 7 meses en relación con estupefacientes), 12 (4 años y 10 meses por contrabando de estupefacientes, en libertad desde 2002). Con todo, en varios casos (sobre todo los relacionados con tráfico), es posible que el registro del expediente migratorio sobre el cual me baso para calcular la presencia en el país (contiene un número y el año de inicio) coincida con el delito o bien que la persona haya residido con anterioridad a la comisión del delito. Cuando este fuera el caso, cabe preguntarse: la residencia en sede penal, ¿no sería una residencia tal (de hecho) que les permita ejercer ciertos derechos acordados a todos los residentes? Como a cumplir la condena y “resocializarse”. Así como tienen el derecho a escoger ser expulsados o no (artículo 64), también podrían elegir cumplir su condena y que ese tiempo se les compute como residencia para acceder a las previsiones del art. 62.b.

Finalmente, no se registró ningún caso de este trámite para residentes: a todos se aplicó el 29.c.

Conclusiones

El punto de partida para analizar la intersección entre política migratoria y política criminal, a través del régimen de expulsiones por causales penales es que la expulsión es una sanción en sí misma. A partir de esta consideración, reseñé varios casos donde la expulsión tiene lugar luego de cumplida la condena en Argentina o estando vencida. Esto termina menoscabando los principios básicos del *non bis in idem*²¹, ya que la condena penal, expulsión por ella e incluso la prohibición de reingreso son tres sanciones originadas en el mismo hecho (el delito). En sí misma, ya la convivencia entre el derecho a migrar y las facultades de expulsión es sospechosa. Es de esperar que el área específica creada dentro de la defensa pública (la “Comisión del Migrante”, en pleno funcionamiento desde 2010) permita lidiar con estas situaciones.

A lo anterior se suma que con frecuencia, se trató de delitos de poca monta, debilitando así el interés estatal en la expulsión. Tanto la expulsión como la prohibición de reingreso (por mínimo cinco años o permanente) resultó bastante más gravosa que el delito por el cual se expulsa; por ejemplo, el caso 57 se trata de una mujer peruana, condenada a 6 meses de prisión por un delito en grado de tentativa y madre de hijos nacidos en Argentina, sobre la cual se ordena su expulsión junto con la prohibición de reingresar por cinco años.

Por otro lado, reseñé el diferente régimen que la ley trae para la expulsión de residentes. Sin embargo, esta diferenciación se presentó bastante erosionada en la práctica: en varios casos de los relevados las personas involucradas podrían haber sido identificadas como “residentes” y sin embargo su expulsión se decreta como si fueran “ingresantes” (probablemente debido a su presentación a regularizar en los programas) sin cumplir con las previsiones para las personas residentes, en particular la intervención judicial obligatoria que suspenda el trámite.

Finalmente, entre los problemas relevados, deben consignarse, además: (i) la expulsión sin cumplimiento del 29.c (por inexistencia de delito, por ser la condena inferior a tres años); (ii) la inequidad de la expulsión de personas por delitos relacionados con su documentación migratoria y con el régimen anterior en general, una pervivencia de la “ley Videla” que reproduce las condiciones de vulnerabilidad; (iii) las varias manifestaciones de no desear ser expulsadas, inatendidas; (iv) la aplicación discrecional de la dispensa por razones de reunificación familiar. Como se ve en la sección III, muchos de los delitos están relacionados con estupefacientes y parecen constituir el núcleo impenetrable del Ministerio del Interior a la hora de otorgar dispensas por la existencia de familia en Argentina.

Para terminar quisiera detenerme en este último punto: recientemente se dictó una sentencia (“Barrios Rojas”, de marzo del corriente), patrocinada por la

²¹ Véase por ejemplo BOZA MARTÍNEZ, *op. cit.*

defensa pública, en un caso donde la persona se había presentado a regularizar al inicio del Patria Grande (en 2006) pero la residencia es denegada. Luego, se dicta su expulsión y prohibición de reingreso por 15 años por haber sido condenada, en 1999, a seis años de prisión por tenencia de estupefacientes. Esto se dicta en base al artículo 29.c (como “ingresante”) aunque la persona hacía 20 años que residía en el país y contaba, por demás, con un círculo familiar en Argentina y había desempeñado varios trabajos luego de cumplida la condena. Justamente, estos son los elementos que tiene en cuenta la justicia para revocar la orden de expulsión. Aunque no se mencionó que la orden de expulsión debía haber sido suspendida a espera de la revisión judicial (por ser la persona residente), la justicia logró armonizar aquél balance entre el derecho a migrar y las facultades de expulsión.

Bibliografía

- BARREDA LÓPEZ, Francisco. *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 de Doctorado, Universidad de Granada, mimeo, 2008.
- BOZA MARTÍNEZ, Diego. *La expulsión de residentes de larga duración como consecuencia de condena penal y la jurisprudencia del TEDH*. Ponencia presentada en el VI Encuentro Nacional de Investigaciones en Migración y Asilo. Valencia, 2012.
- CERIANI, Pablo; MORALES, Diego; RICART, Luciana. Los Derechos de los Migrantes en la Jurisprudencia Argentina. In ABRAMOVICH, Víctor; BOVINO, Alberto; COURTIS, Christian (comps.). *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década*. Buenos Aires: Del Puerto-CELS, 2006, p. 855-861.
- GARCÍA, Lila. *Nueva política migratoria y derechos de la movilidad. Implementación y desafíos de una política basada en derechos humanos a través del poder judicial*. Tesis doctoral, mimeo. Facultad de Derecho, UBA, Buenos Aires, 2010.
- GOIZUETA VÉRTIZ, Juana. La libertad de desplazamiento de los extranjeros en territorio español: un reflejo de la política restrictiva en materia de extranjería. In ALBERDI BIDAGUREN, Jokin; GOIZUETA VÉRTIZ, Juana (coords.). *Algunos retos de la inmigración en el siglo XXI*. Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 79-116.
- MONCLUS MASÓ, Martha. *La Gestión Penal de La Inmigración. El Recurso Al Sistema Penal Para El Control de Los Flujos Migratorios*. Buenos Aires: Editores del puerto, 2005.
- SWEENEY, Maureen. Fact of Fiction: The Legal Construction of Immigration Removal for Crimes. *Yale Journal on Regulation*, n. 27, 2010.
- VIOR, V. Eduardo; BONILLA, B. Alcira. El derecho humano a la migración y las ciudadanía interculturales emergentes: el caso de la minoría de origen boliviano en la Ciudad de Buenos Aires. Ponencia presentada en el X Congreso de Antropología Social, Posadas, 5 al 8 de agosto de 2008.

Abstract

Migration Policy and Crimes: Removal by Criminal Offenses and Rights under the Current Argentine Migration Law

In this paper I present some doctoral research findings related to the implementation of the Argentine migration policy through the Judiciary: the cases of removal by criminal offenses. Thus, I employ the records reviewed for the research, which removal order was based on a criminal offense and I distinguish two different regimes for removals: "newcomer" and "resident". Then, I list the cases founded and certain details (years of incarceration, existence of family, date of entrance, etc.) that allow me to analyze the balance between the criminal sanction and the removal, and the rights of the migrant (e.g. to family reunification, etc.). Finally, I conclude that the removal once the sentence is served is a sanction that undermines the non bis in idem principle and that in almost every case the person involved was treated as a "newcomer", banning this way a judicial revision.

Keywords: *migration policy, removal, crimmigration, judiciary, Argentina.*

Recibido para publicación en 30/06/2015

Aceptado para publicación en 22/10/2015

Received for publication in June, 30th, 2015

Accepted for publication in October, 22th, 2015

ISSN impreso 1980-8585

ISSN eletrônico 2237-9843

<http://dx.doi.org/10.1590/1980-85852503880004510>