

PARTICULARISMOS DEL PRINCIPIO DE REUNIFICACIÓN FAMILIAR DE LAS PERSONAS MIGRANTES A LA LUZ DEL DECRETO N.º 70/17.

POR Mariela Ines Laghezza y Daniela Edith Edmondo

“Vuestro Cristo es judío. Vuestro coche es japonés. Vuestra pizza es italiana. Vuestra democracia, griega. Vuestro café, brasileño. Vuestra fiesta, turca. Vuestros números, árabes. Vuestras letras, latinas. Sólo vuestro vecino es extranjero.” Zygmunt Barman.

Abstract: Se indagará en la preservación de los vínculos familiares y el principio de reunificación familiar como piedra fundamental infranqueable del derecho a la vida familiar, a la unidad familiar y el interés superior del niño. Analizaremos críticamente el tope del art. 62 y el art. 29 de la Ley de Migraciones (Texto Ordenado según Ley 25.871), y sus modificaciones introducidas por el Decreto N.º 70/17. Dicha norma, junto con las prácticas institucionales y los prejuicios que moldean los espacios de circulación, vinculan a la migración con la criminalidad. Nos centraremos en el caso de Vanessa Gómez Cueva, quién luego de cumplir la totalidad de su condena en Argentina, fue separada de sus dos hijos menores de edad, al ser expulsada en febrero de este año a su país de origen. Tal desmembramiento del seno familiar, ha repercutido a nivel social, lo cual ha motivado a que distintas organizaciones realizaran una presentación ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos exponiendo el caso en cuestión. Desde esta perspectiva, el migrante es visto por el Estado como un extranjero que no tiene proyecto de vida en nuestro país, y por lo tanto es un “otro” que debe ser devuelto. Consideramos que el instituto de la expulsión es una continuidad de la ejecución de la condena, y el actual marco normativo es perjudicial para el migrante que atraviesa un proceso penal. Como “el mal viene de afuera”, las propias prácticas estatales pretenden preservar su soberanía con un trámite de expulsión “exprés”.

Introducción

El presente tiene por objetivo indagar sobre los debates vinculados con la respuesta que desde el Estado debe asignarse al modo de cumplimiento de la pena de las personas extranjeras. En el primer apartado realizaremos un breve análisis de la actual política migratoria, que sufrió importantes modificaciones a raíz del DNU N.º 70/17, describiremos sus alcances y particularidades. Examinaremos cómo influyen los datos estadísticos del sistema carcelario para medir la mayor o menor criminalidad del colectivo investigado. Estudiaremos con detenimiento el caso de Vanessa Gómez Cuevas para reflexionar sobre el instituto de la expulsión y el “absurdo de la extranjería”, toda vez que dicha medida es violatoria del principio de igualdad, dado que no es posible establecer jerarquías o categorías de personas ni jerarquías o categorías de derechos. El caso paradigmático de Vannesa se aplicó utilizando la legislación bajo el prisma del “derecho del enemigo”.

Gestión penal de la migración

La modificación a la Ley N.º 25.871 a través del DNU N.º 70/17 introdujo un giro sustancial a la política migratoria imperante en nuestro país, que “a pesar de las múltiples carencias en términos de contenido, capacidad de implementación y aplicación, no cabe duda que la propuesta argentina marcó un hito importante respecto al paradigma predominante, y necesariamente presenta una serie de desafíos respecto al modo de concebir y gestionar el fenómeno migratorio que prevalece en la mayor parte de los países del occidente donde, a los crecientes desafíos de los movimientos migratorios se responde con políticas muy restrictivas que han puesto en jaque los principios de coherencia democrática y de defensa de derechos humanos”¹.

El art. 29 de la Ley puntualiza el nuevo enfoque de gestionar la migración, este cambio de paradigma se centra en que la condena no firme², es considerada como una causal de impedimento de permanencia para los extranjeros en el territorio. El término “antecedente” es interpretado como “todo auto de procesamiento firme, cierre de la investigación preparatoria o acto procesal equiparable”³, de esta manera, si un

1 Benito, Karina (2013). A diez años de la Ley N.º 25.871. Desafíos pendientes. V Congreso Internacional de Investigación y Práctica Profesional en Psicología XX Jornadas de Investigación Noveno Encuentro de Investigadores en Psicología del MERCOSUR. Facultad de Psicología - Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires.

2 En nuestro país o en el exterior por delitos a los cuales se les puede aplicar según nuestra legislación pena privativa de libertad.

extranjero posee un simple antecedente se le impide la permanencia, y, habilita así el procedimiento administrativo de expulsión. Este instituto es la expresión utilitarista del carácter punitivo de la pena, dado que su causa fin (ejecución de la imposición del castigo), se traduce en la expulsión del migrante. Bajo este panorama, cualquier delito, incluso los de menor cuantía pueden quedar subsumidos al presupuesto del inc. c) del art. 294.

La cancelación de la residencia con la consecuente e inmediata expulsión, solo podrá ser dispensada cuando el delito doloso no exceda los tres años de prisión o fuera de carácter culposo, únicamente en supuestos de reunificación familiar⁵ respecto del progenitor, hijo o cónyuge ciudadano argentino. En estos casos, la carga de la prueba recae sobre el inmigrante, y “el Estado, que tal vez aún no logró una sentencia condenatoria firme que vincule al extranjero con el presunto hecho ilícito, invierte la carga probatoria y somete al imputado a que acredite la convivencia que habilite la excepción de cancelación de residencia”⁶.

Finalmente, por el juego armónico entre los arts. 29, 62 y los fundamentos por los cuales se ha dictado el DNU se introduce el procedimiento especial sumarísimo de expulsión⁷, retaceando derechos básicos del debido proceso (in dubio pro reo, derecho a ser oído, debido proceso, derecho de defensa, entre otros), y en flagrante contraposición de las obligaciones asumidas por el Estado en los Instrumentos internacionales incorporados en nuestra carta magna, especialmente CADH, arts. 8.2, 17, 19, 24 y 25; PIDCP, arts. 14.1, 14.2, 14.3, 23.1, 24.1 y 26.

De esta manera, consideramos que la expulsión configura una pena sin garantías. Además, si analizamos su naturaleza jurídica, observamos que no está incluida dentro del elenco de penas del código penal⁸. Con este razonamiento, deberíamos indagar si la

3 Gallo, Brian E. (2019). El decreto de necesidad y urgencia 70/2017: regresiones en búsqueda de viejos enemigos. *RDP 2019-4*, 696.

4 Haber sido condenado o estar cumpliendo condena, o tener antecedentes o condena no firme en la REPÚBLICA ARGENTINA o en el exterior, por delitos que merezcan según las leyes argentinas penas privativas de libertad.

5 Garantizado en el artículo 10 de la Ley 25.871.

6 Op. cit. nota 3.

7 Impedimentos del art. 29, incs. a) a k), y 62, a), b), c) y f), o en los restantes supuestos de los arts. 29 y 62 que impliquen gravedad institucional. Eliminando los recursos de reconsideración y alzada, acortando los plazos para interponerlos: 3 días hábiles improrrogables desde la notificación o cancelación automática (en caso de sentencia condenatoria firme); y 3 días hábiles desde el agotamiento del procedimiento administrativo para interponer el recurso judicial.

8 El artículo 5 del Código Penal establece las penas ante la comisión de un delito; siendo estas la reclusión, la prisión, multa e inhabilitación, que son consideradas las penas principales, ya que también el articulado prevé penas de carácter accesorio. Algunas de ellas se encuentran contempladas en el Código

expulsión sin contar con una sentencia firme es un supuesto de adelantamiento de pena o si su imposición es un doble juzgamiento.

No es un dato menor, que la potestad punitiva la encontramos en manos del Poder Legislativo, y más allá que “en las normas penales en blanco, es el orden administrativo que puede complementar aquella norma o supuestos de reglamentación. Son casos de leyes en los que la prohibición o mandato conminado con pena se encuentran en disposiciones diferentes. Es una norma cuya estructura es una norma principal (prohibición o mandato y la sanción) y otra como complementaria (especificadora) de origen legislativo o administrativo, pero que jamás podría establecer una pena o un precepto penal que sea utilizado como pena”⁹.

Es interesante destacar en este punto el trato desigual que reciben los inmigrantes, quienes se encuentran sujetos a un mayor poder de coerción, porque los infractores de la ley penal nacionales podrán cumplir la totalidad de su condena permaneciendo en el territorio, esta desigualdad “se debe probablemente a que el arcano que une migraciones y seguridad es la búsqueda de afirmación de la soberanía” ¹⁰.

Mayor criminalidad del migrante o discriminación del sistema penal

Lo que más llama la atención cuando se relaciona a las personas migrantes –o a otras minorías étnicas- y el sistema penal es la evidente desproporción entre este colectivo, en comparación con la población nativa o de mayoría étnica. La sobrerrepresentación carcelaria de los extranjeros es un fenómeno que podemos constatar en Argentina.

de fondo y otras en leyes. Por su parte en el artículo 35 del Código Procesal Penal Federal (cuya aplicación se aplicará de forma escalonada en todo el país), se establece en su último párrafo En caso de tratarse de una persona extranjera, también podrá aplicarse cuando haya sido sorprendida en flagrancia de un delito, conforme el artículo 217 de este Código, que prevea pena privativa de la libertad cuyo mínimo no fuere superior a tres (3) años de prisión. La aplicación del trámite previsto en este artículo implicará la expulsión del territorio nacional, siempre que no vulnere el derecho de reunificación familiar. La expulsión dispuesta judicialmente conlleva, sin excepción, la prohibición de reingreso que no puede ser inferior a cinco (5) años ni mayor de quince (15) (...) Los extranjeros en situación regular podrán solicitar la aplicación de una regla de conducta en el país...”. Para mayor abordaje, ver Minoggio, D., “Expulsión y traslado de extranjeros sometidos a proceso penal en el nuevo Código Procesal Penal, en la Ley de Migraciones y en el Derecho comparado: ¿materialización de derechos o violación de garantías?”. Recuperado el 27 de julio de 2018, de <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2018/03/doctrina46394.pdf>

⁹ Capuya, Solange J. - Name, Juan José (2019). El extrañamiento como pena accesoria y causal de extinción de la pena Publicado en: DPyC 2019 (junio), Cita Online: AR/DOC/878/2019.

¹⁰ Penchaszadeh, A.P. y García, L. 2018. Política migratoria y seguridad en Argentina hoy: ¿el paradigma de derechos humanos en jaque? / Migrationpolicy and security in Argentina today: human rightsparadigm in jeopardy?. URVIO. Revista Latinoamericana de Estudios de Seguridad. 23 (nov. 2018), 91-109. [Recuperado de <https://doi.org/10.17141/urvio.23.2018.3554>].

Cabe preguntarnos entonces, si las interpretaciones de las estadísticas¹¹, constituyen un instrumento válido para medir la criminalidad. Como lo ha planteado Reiner¹², los datos que muestran una sobrerrepresentación de los migrantes o las minorías étnicas en las diversas facetas del sistema penal son incuestionables, lo discutible es la interpretación que se haga de esos datos. Así las estadísticas pueden ser interpretadas desde tres ópticas, veamos:

- Para Blumstein,¹³Hindelang¹⁴ y Tonry¹⁵ los recuentos oficiales dan cuenta y resaltan que la mayor comisión de delito es por parte de los extranjeros.

- Paul Gilroy¹⁶ se enrola en la postura que la sobrerrepresentación reflejada en las estadísticas es en base a la discriminación por parte del sistema penal, estructuralmente racista.

- Por otro lado, Lea¹⁷ y Ypung¹⁸ consideran que se recurre a los datos para llamar la atención sobre la criminalidad “inmigrada”.

En la era postmoderna el neopunitivismo¹⁹ se presenta como una forma de entender el castigo bajo la óptica del control social. Y es así que ante el imaginario social, la criminología mediática recae su mirada hacia los inmigrantes que se convierten en “chivos expiatorios”. Pero también el orden público a través de sus preceptos, establece un criterio seleccionador de la admisión y permanencia de extranjeros al territorio nacional.

11 Un análisis posterior sobre la construcción de estadísticas penales y extranjeros judicializados puede leerse en Pacecca, María Ines. (2011). “Personas extranjeras en cárceles federales. Vulnerabilidad y discriminación”. En Discriminaciones étnicas y nacionales. Un diagnóstico participativo, coordinado por Corina Courtis y María Inés Pacecca. Buenos Aires: Editores del Puerto/ ADC.

12 Reiner, Robert, (1993). “Race, Crime and Justice: Models of Interpretation” en Gelsthope, L. (ed.), *Minority Ethnic Groups in the Criminal Justice System*, Cambridge, Institute of Criminology, ps. 1-23.

13 Blumstein, A. (1982). “On the Racial Disproportionality of United State’ Prison Populations”, en *Journal of Criminal Law and Criminology*, col 73, N.º 3, pag. 137-152.

14 Hindelang, M. (1978). “Race and involvement in common law personal crimes”, en *American Sociological Review*, vol 43, pag. 93-109.

15 Tonry, M. (1995). *Race, Crime and Punishment in America*, Nueva York, Oxford University Press

16 Gilroy, P. (1987). “The Myth of Black Criminality”, en Scraton, Phil (ed.), *Law, Order and the Authoritarian State*, Readings in critical criminology, Open University Press, Milton Keynes, pag. 107-120.

17 Lea, J. (1986). “Police racism: some theories and their policy implications”, en Matthews, R. y Young, J. (eds.), *Confronting Crime*, Sage, Londres, pag. 145-165.

18 Young, J. (1975). “Criminología de la clase obrera”, en Taylor, Walton y Young (comps.), *Criminología crítica*, trad. N. Grab, Mexico, Siglo XXI, pag. 89-127.

19 Para mayor desarrollo, ver Sánchez, Silvia, J. M., (2011). “La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales”, Ed. B de F, Montevideo, ps. 11-57.

La población carcelaria de migrantes en prisión se ha mantenido, desde el año 2002²⁰, es alrededor del 20% (Argentina-PPN 2018). Si tenemos en cuenta todo el sistema carcelario (no solo el federal), el porcentaje de personas extranjeras ronda el 6% y, “pese a lo que se sostiene en el considerando 15 del decreto, en el sentido del aumento de la población extranjera en cárceles federales, el informe [de la Procuración Penitenciaria de la Nación] señala que la población extranjera había disminuido en 2016, conclusión que se basa en estadísticas oficiales...”²¹.

En este punto, no debemos escindir el criterio de selectividad del sistema penal: menos del 30% de las personas extranjeras detenidas han sido efectivamente condenadas. Ello es así por las barreras que tienen para acceder a la excarcelación, prisión domiciliaria y otras medidas de morigeración de la pena, ya sea por falta de arraigo, no poseer domicilio fijo o residencia regular.

El absurdo de la extranjería

Vanessa Gómez Cuevas, residente en nuestro país desde el año 2003, madre de tres hijos en el territorio, fue imputada por el delito de comercio de estupefacientes en el año 2010 y consecuentemente detenida con prisión preventiva en el Complejo Penitenciario de Ezeiza, por esa causa firmó un juicio abreviado por el que fue condenada a la pena de 4 años de prisión (pena mínima prevista para este tipo penal). Como consecuencia de dicha causa, no pudo renovar su documentación.

Estando en libertad logró reinsertarse en la sociedad e iniciar su carrera profesional y laboral como Técnica Superior en Enfermería.

La causa de referencia fue el antecedente que originó que la DNM ordenara su expulsión y prohibición de reingreso a la Argentina, en el año 2015 la Comisión del Migrante -Dependiente del Ministerio de la Defensa de la Nación-, presentó un recurso administrativo, y luego de un año sin novedades, Vanessa renunció al patrocinio de la Comisión y de esa forma no volvió a constituir un nuevo domicilio procesal.

En octubre de 2016, la DNM envió la notificación del rechazo del recurso al domicilio donde Vanessa no residía, y de esa forma no fue notificada, venciendo el

²⁰ A partir de ese año el Sistema Nacional de Estadísticas sobre ejecución Penal, comenzó a publicar sus datos.

²¹ El Poder Judicial Declaró La Invalidez Constitucional del DNU N.º 70/17 de migrantes. Recuperado el 27 de julio de 2019, en <http://www.defensoria.org.ar/noticias/el-poder-judicial-declaro-la-invalidez-constitucional-del-dnu-70-17-de-migrantes/>

plazo para presentar el recurso de apelación correspondiente, por lo cual la DNM consideró que quedó firme la orden de expulsión.

El 1 de febrero de 2019, se presentó personal de Gendarmería en su domicilio y le indicó que sería trasladada a Migraciones con su hijo de 2 años - los otros dos hijos de 5 y 14 años permanecieron en su hogar-para una notificación. De esta manera Vanessa y su hijo fueron trasladados a la Alcaldía de Madariaga – dependiente de la Policía Federal Argentina-, ejecutando de este modo la orden de retención dictada por el Juzgado en lo Contencioso Administrativo Federal N.º 5, del cual Vanessa nunca tuvo conocimiento ni posibilidad de oposición.

Se presentó un Habeas Corpus²² teniendo en cuenta las condiciones de detención padecidas por Vanessa, de esa forma se la traslado a la dependencia de la DNM en Ezeiza, su defensor apeló la medida e interpuso un recurso de apelación contra la resolución judicial que autorizaba la retención, que fue rechazado el 5 de febrero. También se interpuso, una acción de amparo fue rechazada por improcedente.

Retenida junto a su hijo en el aeropuerto el 4 de febrero a pesar del recurso de apelación y una acción de amparo en representación de sus hijos, Vanessa fue expulsada junto con el niño de 2 años, permaneciendo en el territorio sus otros dos hijos menores.

Es interesante resaltar el espíritu de la norma nuclear analizada, la cual refiere²³ que “...la política migratoria debe facilitar al migrante la reunión con sus familiares (derecho a la reagrupación familiar), promover la igualdad de oportunidades y trato en materia laboral, seguridad social, derechos gremiales y culturales, libertades individuales y colectivas para las personas que, en su condición de trabajadores migrantes o como miembros de su familia, habiten el suelo argentino”, preceptos avasallados en el presente caso.

El doble castigo

Vanessa fue privada de su libertad por el plazo de 4 años, por un delito no violento y este fue el único antecedente que originó y determinó su expulsión. Vanessa como muchas mujeres migrantes reproduce los estereotipos de vulnerabilidad del

²² Que fue rechazado lo que provocó una presentación de un Recurso de Casación que se declaró inadmisile, dando lugar a la vía del Recurso Extraordinario Federal ante la Corte Suprema de la Justicia de la Nación que aún no tiene resolución.

²³ Mensaje del Poder Ejecutivo, presentado ante la Honorable Cámara de Diputados de la Nación el 3 de marzo del año 2003.

colectivo²⁴: madres de hogares homoparentales con varios hijos, sectores de extrema explosión social.

Vanessa cumplió su pena, y otra vez, el poder coercitivo del Estado vuelve a atravesar su vida, dado que se le aplicó la política migratoria en base a un mismo hecho, provocando así el quebrantamiento de su familia. Consideramos que este caso y la expulsión de Vansessa con su bebé adiciona a la pena privativa de libertad otra pena, la cual repercute con el diseño de plan de proyecto de vida y la de sus hijos.

La propia Ley de Migraciones N.º 25.871, reconoce la relevancia del derecho a la reunificación familiar cuando en su art. 10 prevé que: “El Estado garantizará el derecho de reunificación familiar de los inmigrantes con sus padres, cónyuges, hijos solteros menores o hijos mayores con capacidades diferentes”. A su vez, en el artículo 3 inc. d, establece como objetivo de la ley “d) Garantizar el ejercicio del derecho a la reunificación familiar.”

El principio de reunificación familiar se acotó con el nuevo decreto, en este nuevo contexto, se deberá acreditar la convivencia del grupo familiar, “estos requisitos retoman la “hipercorrección”²⁵ que se espera de los extranjeros. En ese plan, acceder a derechos es una especie de premio. “Para cerrar el sistema, el soberano, en la figura del director de la DNM, concentra ahora el poder exclusivo de decidir sobre las dispensas por reunificación familiar, otrora otorgadas por vía judicial”²⁶, reduciendo las posibilidades de permanencia en el país a las personas con órdenes de expulsión vigentes en los términos del art. 29 y 62.

En estos casos la CIDH²⁷, considera que “los Estados tienen la obligación de garantizar que los procedimientos de expulsión de personas no nacionales deben tomar en consideración los mejores intereses de sus hijos, así como los derechos de la persona a una vida familiar. La Comisión estima que los Estados deben establecer oportunidades procesales para evitar la expulsión en los casos en los que esta supondría un grave daño

24 Para más información sobre este colectivo vulnerable, dirigirse a Mujeres en Prisión en Argentina. Causas, condiciones y consecuencias. Disponible en <https://www.mpd.gov.ar/uploads/documentos/mujeresprision.pdf> y Situación de los derechos humanos en las cárceles federales de la Argentina. Informe anual 2017, Procuración Penitenciaria de la Nación. Disponible en <https://ppn.gov.ar/pdf/publicaciones/Informe-anual-2017.pdf>

25 Concepto elaborado en Sayad, A. (2010) La doble ausencia. De las ilusiones del emigrado a los padecimientos del inmigrante.

26 Op. cit. nota 10.

27 CIDH, Informe “Derechos humanos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazados internos: Normas y Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, par. 367.

para la vida familiar de la persona a ser expulsada, así como de los miembros de su familia”.

La modificación legislativa mediante el DNU, impide alegar cuestiones de “unidad familiar”, estableciendo excepcionalmente que la DNM podrá admitir en el país, solamente por cuestiones humanitarias, de reunificación familiar o de auxilio eficaz a la justicia en 4 supuestos²⁸, y realizar la dispensa, cuya valoración estará a cargo de la administración, excluyendo la participación del organismo judicial²⁹.

Con la reforma el derecho a la reunificación familiar dependerá exclusivamente de la discrecionalidad de la DNM y solamente para aquellos supuestos en los que el decreto habilitó esa concesión.

A continuación, realizaremos un repaso por los conceptos básicos vinculados a la temática de análisis en materia de expulsión.

Derechos Humanos en jaque

La reforma legislativa de análisis perjudica al extranjero privado de su libertad, dado que en virtud del art. 62 y consonantes, aquellos migrantes detenidos podrán ser sometidos al procedimiento exprés de expulsión. En el Procedimiento Migratorio Especial Sumarísimo, “se aplica a todas las personas migrantes, sin importar el delito cometido; cualquiera fuera éste, y aún en casos de infracciones administrativas, se aplica el procedimiento especial de que se trata... se verifica en este punto lo que se denomina una desviación de poder”³⁰.

El único camino que tendrán para evitar el cese de la residencia, será demostrar reunificación familiar. Cuestión irrisoria y de muy difícil prueba teniendo en cuenta el contexto carcelario de nuestro país y las condiciones de vulnerabilidad de los familiares del extranjero detenido. Todas estas causales estructurales tienden a diluir el vínculo familiar, generan aislamiento e imposibilitan la reinserción social, afectando en este caso puntual el acceso a la justicia del detenido dado que no podrá acreditar los extremos de reunificación familiar.

La cancelación de la residencia, incluye a los condenados y “a personas acusadas de haber cometido un delito y con antecedentes”. De esta manera, con la utilización

²⁸ Art. 29, último párrafo.

²⁹ ARTÍCULO 62 bis.- El otorgamiento de la dispensa establecida en los artículos 29 y 62 de la presente Ley será una facultad exclusiva de la DIRECCIÓN NACIONAL DE MIGRACIONES, no pudiendo ser otorgada judicialmente. (Artículo incorporado por art. 7º del Decreto N.º 70/2017 B.O. 30/01/2017. Vigencia: a partir del día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial).

³⁰ Op. cit. nota 16.

semántica de la proposición conjuntiva, “se pervierte el sentido de la justicia penal en dos de sus dimensiones claves: en primer lugar, lejos de una (que tiene que tener una duración específica y, por lo tanto, un comienzo y un fin determinados), se afianza una lógica infinita (los antecedentes se vuelven causa de una nueva sanción, la expulsión)”³¹.

Asimismo, el propio decreto restringe la posibilidad de control judicial y pretende convertir a la Dirección Nacional de Migraciones en el intérprete final de dicha causal de dispensa. Desde el plano jurídico, la modificación de la Ley de Migraciones, contrapone diversos derechos y garantías de raigambre constitucional, en “CELS y otros s/ EN-DNM s Amparo Ley N.º 16.896”³², se ha resuelto que la reforma legislativa avanzó sobre competencias que le son ajenas al Poder Ejecutivo, toda vez que no ha respetado los presupuestos del art. 99, inc. 3 de nuestra Carta Magna porque “dentro de la organización constitucional argentina, quien adopta las decisiones generales sobre política migratoria es el Congreso de la Nación, y no el Poder Ejecutivo, a menos que se presente alguna situación excepcional como las que prevé el artículo 99.3 CN (y que en el caso de autos no se han podido verificar). Por lo tanto, las referencias en el decreto a que el Estado fija la política migratoria no dan cuenta del hecho de que, en rigor, es el Congreso quien debe legislar sobre esta materia por conducto de una ley en sentido formal (arts. 25, 20 y concordantes de la CN; y normas internacionales de derechos humanos: art. 75.22 CN), mientras que el Poder Ejecutivo ejecuta tal política”³³.

Con la aplicación de este instituto vemos como el derecho penal y el administrativo se bifurcan en un mar caudaloso, porque en el derecho migratorio las sanciones no prescriben y de ese modo muchos casos la Dirección Nacional de Migraciones (DNM) ejecuta órdenes de expulsión decenas de años después. Lo irracional del sistema administrativo es que no rige el “principio de inocencia”, dado que no es necesario una condena firme para expulsar a un extranjero. Debido a la naturaleza compleja del acto de expulsión, intervienen activamente los dos poderes del estado en este proceso de ejecución de pena, y “aun cuando se cuente con la decisión administrativa de expulsión, la función jurisdiccional no puede limitarse a aplicar automáticamente y en abstracto los preceptos normativos, sino que ello debe hacerse sobre supuestos concretos,

³¹ Op cit. nota 8.

³² Cám.Fed.Cont. Adm., sala 5ª, expte. 3061/17, "CELS y otros s/ EN-DNM s/ amparo ley 16.896", sentencia de 22/03/2018.

³³ Op. cit. nota 32, considerando V.7.1.

considerando las circunstancias particulares que se presenten. De otro modo, se daría a las normas un alcance que no se compadece con el diseño republicano que forma nuestro sistema de gobierno (art. 1 de la CN) ni con el deber de interpretar como esencia del ejercicio de la función jurisdiccional”³⁴.

Conclusión

Entendemos que el procedimiento de expulsión, en tanto afecta la permanencia de una persona en el territorio, supone una expresión del ejercicio punitivo del Estado. En consecuencia, se debe garantizar el acceso a la justicia de manera formal y real, cuestión no contemplada por la modificación realizada a través del Decreto, en tanto los plazos fugaces para apelar, avasallan las normas del debido proceso.

El migrante, como sujeto que demanda ciudadanía tiene derecho a cuestionar a la administración. La detención por incumplir leyes migratorias no puede perseguir fines punitivos, debiendo ser utilizada de manera excepcional y proporcionada.

Como desarrollamos a lo largo de este trabajo, el efecto de la expulsión tiene por objetivo criminalizar al migrante, y desde esta perspectiva el derecho penal se convierte en “Derecho del enemigo”, donde el Estado coloca al extranjero por su propia condición por fuera de su organización social. Como Jakobs³⁵ que caracterizó a las sanciones que se le aplican al enemigo infractor de manera segregadora, expulsándolo del cuerpo social. Y es precisamente donde debemos puntualizar el cuestionamiento, dado que la expulsión se presenta como el nuevo paradigma del derecho sancionador contemporáneo, e incluso como una mayor medida que la pena privativa de libertad. Y se manifiesta de este modo la diferencia entre los sujetos útiles – los ciudadanos- y el excedente humano que puede ser ubicado en cualquier lugar.

Mediante el decreto, la DNM se convierte en el interprete final de la causal de dispensa, y de esta forma se desconoce las facultades en materia de revisión de los actos administrativos. De esta manera el principio de reunificación familiar, garantizado constitucionalmente, puede ser reglamentado de manera razonable, pero no sustraído del control judicial.

34 Aplicación de la Ley de Migraciones (N.º 25.871), en el proceso de ejecución de la pena. Unidad Fiscal de Ejecución Penal. Diciembre 2017, Consultado el 27 de julio de 2019, disponible en https://www.fiscales.gob.ar/wp-content/uploads/2018/01/UFEP_Informe_Extranjeros-C.pdf

35 Núñez Leiva, José Ignacio. (2009). Un análisis abstracto del Derecho Penal del Enemigo a partir del Constitucionalismo Garantista y Dignatario. *Política criminal*, 4(8), 383 407. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992009000200003>

Para evaluar el respeto a la unificación familiar es necesario evaluar de manera razonada las circunstancias particulares de las personas concernidas en base a los siguientes aspectos: vínculo familiar, historia del migrante afectado y cual es la gravedad por la que se le impone al migrante la medida de expulsión.

El caso de Vanessa nos lleva a re pensar la aplicación del instituto, gestionando a partir del decreto 70/17, la política migratoria desde un foco estrictamente securitista y en violación con los derechos humanos.

Bibliografía

Artículos de doctrina

- Benito, Karina (2013). A diez años de la Ley N.º 25.871. Desafíos pendientes. V Congreso Internacional de Investigación y Práctica Profesional en Psicología XX Jornadas de Investigación Noveno Encuentro de Investigadores en Psicología del MERCOSUR. Facultad de Psicología - Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires.
- Blumstein, A. (1982). "On the Racial Disproportionality of United State' Prison Populations", en *Journal of Criminal Law and Criminology*, col 73, N.º 3, pág. 137-152.
- Capuya, Solange J. - Name, Juan José (2019). El extrañamiento como pena accesoria y causal de extinción de la pena Publicado en: DPyC 2019 (junio),Cita Online: AR/DOC/878/2019.
- Gallo, Brian E. (2019). El decreto de necesidad y urgencia 70/2017: regresiones en búsqueda de viejos enemigos. *RDP 2019-4*, 696.
- Gilroy, P. (1987). "The Myth of Black Criminality", en Scraton, Phil (ed.), *Law, Order and the Authoritarian State, Readings in critical criminology*, Open University Press, Milton Keynes, pag. 107-120.
- Hindelang, M. (1978). "Race and involvement in common law personal crimes", en *American Sociological Review*, vol 43, pag. 93-109
- Lea, J. (1986). "Police racism: some theories and their policy implications", en Matthews, R. y Young, J. (eds.), *Confronting Crime*, Sage, Londres, pág. 145-165
- Minoggio, D. Expulsión y traslado de extranjeros sometidos a proceso penal en el nuevo Código Procesal Penal, en la Ley de Migraciones y en el Derecho comparado: ¿materialización de derechos o violación de garantías?. Recuperado el 27 de julio de 2018, de <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2018/03/doctrina46394.pdf>
- Núñez Leiva, José Ignacio. (2009). Un análisis abstracto del Derecho Penal del Enemigo a partir del Constitucionalismo Garantista y Dignatario. *Política criminal*, 4(8), 383-407. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992009000200003>
- Pacecca, María Ines. (2011). "Personas extranjeras en cárceles federales. Vulnerabilidad y discriminación". En *Discriminaciones étnicas y nacionales. Un diagnóstico participativo*, coordinado por Corina Courtis y María Inés Pacecca. Buenos Aires: Editores del Puerto/ ADC.

- Penchaszadeh, A.P. y García, L. 2018. Política migratoria y seguridad en Argentina hoy: ¿el paradigma de derechos humanos en jaque? / Migration policy and security in Argentina today: human rights paradigm in jeopardy?. URVIO. Revista Latinoamericana de Estudios de Seguridad. 23 (nov. 2018), 91-109. [Recuperado de <https://doi.org/10.17141/urvio.23.2018.3554>].
- Reiner, Robert, (1993). "Race, Crime and Justice: Models of Interpretation" en Gelsthope, L. (ed.), Minority Ethnic Groups in the Criminal Justice System, Cambridge, Institute of Criminology, ps. 1-23.
- Sánchez, Silvia, J. M., (2011). "La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales", Ed. B de F, Montevideo, ps. 11-57.
- Sayad, A. (2010) La doble ausencia. De las ilusiones del emigrado a los padecimientos del inmigrante.
- Tonry, M. (1995). Race, Crime and Punishment in America, Nueva York, Oxford University Press
- Young, J. (1975). "Criminología de la clase obrera", en Taylor, Walton y Young (comps.), Criminología crítica, trad. N. Grab, Mexico, Siglo XXI, pág. 89-127

Informes

- CIDH, Informe "Derechos humanos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazados internos: Normas y Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos", par. 367
- Mujeres en Prisión en Argentina. Causas, condiciones y consecuencias. Disponible en <https://www.mpd.gov.ar/uploads/documentos/mujeresprision.pdf> y Situación de los derechos humanos en las cárceles federales de la Argentina. Informe anual 2017, Procuración Penitenciaria de la Nación. Disponible en <https://ppn.gov.ar/pdf/publicaciones/Informe-anual-2017.pdf>

Jurisprudencia

- CFed. Cont. Adm., sala 5ª, expte. 3061/17, "CELS y otros s/ EN-DNM s/ amparo ley 16.896", sentencia del 22/03/2018.
- MC-453-19, relativa a Vanessa Gomez Cueva, Amicus Curiae, Procuración Penitenciaria de la Nación