

Decisiones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina) sobre control migratorio (2004-2018)

Decisões da Corte Suprema de Justiça da Nação (Argentina) sobre controle migratório (2004-2018)

Lila García¹

RESUMEN

La presente contribución busca aportar al panorama de la actuación del poder judicial en la Argentina en torno al control migratorio. En esta oportunidad, mediante la búsqueda, sistematización y análisis de las decisiones del máximo tribunal argentino, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, para el período 2004-2018. La primera parte de este artículo releva algunas indagaciones previas sobre el poder judicial y las migraciones en la Argentina. En una segunda parte, explicita el criterio de búsqueda y clasificación de decisiones, dando cuenta de las dificultades y límites de tal empresa. En una tercera sección se analizan los resultados con decisión de fondo y los pocos estándares generados en torno al control migratorio por el máximo tribunal y se reflexiona sobre la cantidad de causas declaradas inadmisibles, lo que presenta particularidades propias.

Palabras clave: Migración; Poder judicial; Control migratório; Derechos humanos; Argentina.

RESUMO

Este artigo busca contribuir para o panorama da atuação do Judiciário na Argentina em relação ao controle da imigração. Nesta oportunidade, através da pesquisa, sistematização e análise das decisões do mais alto tribunal argentino, o Supremo Tribunal de Justiça da Nação, para o período 2004-2018. A primeira parte desta contribuição revisa algumas investigações anteriores sobre o judiciário e a migração na Argentina. Numa segunda parte, explica os critérios de pesquisa e classificação de decisões, dando conta das dificuldades e limites de tal empresa. Numa terceira seção, os resultados com uma decisão substantiva são analisados junto com os poucos padrões gerados em torno do controle

¹ Doctora por la Universidad de Buenos Aires (Área Derecho Internacional); investigadora del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET), Universidad Nacional de Mar del Plata (UNMDP).

de migração e, finalmente, refletem-se sobre o número de casos declarados inadmissíveis, que apresentam suas próprias peculiaridades.

Palavras-chave: Migrações; Judiciário; Controle migratório; Direitos humanos; Argentina.

EL PODER JUDICIAL EN LOS ESTUDIOS DE MIGRACIONES

En el ámbito de los estudios sobre migraciones, la perspectiva desde el derecho en general y más aún, los aportes referidos a la actuación del poder judicial, cuentan con escasas producciones. Desde lo jurídico, puede apuntarse entre sus causas la poca dedicación a la investigación de los/as profesionales del Derecho y lo refractario que resulta el Judicial a ser estudiado. Desde los estudios de migraciones, la atención sobre el Estado y sus políticas es relativamente reciente: a fines de los ochenta, Zolberg (1989) llamaba a reincorporar al Estado en los análisis de migraciones y otro tanto haría Massey una década después (Massey, 1999), en el año en que también Sayad (2010) redoblaría la apuesta señalando que pensar la migración es pensar al Estado. En Argentina en particular, Domenech y Pereira (2017) identifican los abordajes desde las ciencias jurídicas como correspondientes a la más reciente camada de estudios de migraciones, primero a partir de la preocupación por la migración “ilegal”, luego por las representaciones y categorías comprendidas en los textos jurídicos y finalmente, por una “nueva etapa en el estudio de la política argentina” a partir de la sanción de las leyes de migraciones (2003) y de protección de refugiados (2006), que propició la aparición de investigaciones que incluyeron “otros actores estatales relevantes en el campo de las políticas migratorias como aquellos vinculados al Poder Judicial” (Domenech y Pereira, 2017, p. 94).

La presente contribución, así, busca aportar a la construcción de conocimiento sobre la actuación del poder judicial en torno al control migratorio en Argentina.² En este caso específicamente a través de las resoluciones de las decisiones de la Corte Suprema de Justicia argentina (CSJN o “la Corte”) desde la entrada en vigencia de la ley actual de migraciones, en enero de 2004 hasta diciembre de 2018. Por “control migratorio” refiero al núcleo duro de la política migratoria desde la perspectiva del Estado: ingreso y rechazo en frontera, circulación y

² La autora agradece los valiosos comentarios vertidos en los dos arbitrajes anónimos (un diálogo siempre enriquecedor) así como los señalamientos del juez Guillermo Treacy a una presentación parcial de estos resultados, las pistas brindadas por Ignacio Odriozola sobre algunos aspectos de la defensa pública y la lectura y crítica de una versión borrador en inglés hecha por Máximo Souza y Julieta Mira, quien me alertó sobre todo de la diferencia entre planteo metodológico y análisis de datos. Asimismo, el cuidadísimo trabajo de las coordinadoras del dossier mejoró sensiblemente muchos aspectos de la presente contribución.

residencia, egreso y expulsión. Según la ley argentina de migraciones (25.871), “la admisión, el ingreso, la permanencia y el egreso de personas se rigen por las disposiciones de la presente ley”.

La situación argentina, en este punto, puede ser útil para los países de la región latinoamericana en tanto pocos prevén la intervención obligatoria de sus tribunales nacionales para revisar casos de control migratorio. En la mayoría de los países latinoamericanos, las intervenciones llegan por vía de excepción, como amparos y hábeas corpus u otras acciones legales ante menoscabos más o menos serios de derechos de las personas migrantes. Lo cierto entonces es que hay pocas actuaciones judiciales y mucho menos aún, investigación sobre ellas.

Sin embargo, Argentina es uno de los pocos países que en 2004, al entrar en vigencia la ley de migraciones 25.871 que reconoció tanto el derecho humano a migrar como otros derechos para las personas migrantes (Ceriani, 2004; García, 2013), asignó al Poder Judicial como institución con un mandato obligatorio para intervenir en el control migratorio, sea para autorizar la “retención” a los efectos de la expulsión, para evaluar la orden de expulsión de una persona extranjera residente y en general, o como revisora de la actuación de la autoridad de aplicación en materia de control migratorio, la Dirección Nacional de Migraciones (DNM).

En cuanto a los antecedentes de investigación, existen, de hecho, algunos relevamientos que dan cuenta de las decisiones judiciales en Argentina, tanto de manera previa como posterior a la ley 25.871 de 2004. En esta oportunidad me concentraré en las indagaciones que se han enfocado en el control migratorio.³ La mayoría de estos estudios, no suelen presentar una metodología de trabajo o explicitar un criterio para la selección de jurisdicciones, tribunales o sentencias. Este aspecto, si bien no es un obstáculo para la validez analítica de tales trabajos, es criticable desde un punto de vista científico, falencia que este texto busca subsanar al menos para los casos de CSJN en el período en estudio. En la revisión de bibliografía incluyo mis propias contribuciones, a partir de las cuales busco mostrar también algunas de las limitaciones que como abogada fui encontrando en la construcción de una investigación científica desde lo jurídico.

San Juan (2004) dedica un apartado a analizar jurisprudencia de la CSJN relativa a la noción de “habitante”, trayendo casos varios entre los años veinte y los ochenta aunque sin explicitar su criterio de selección. Otro análisis sobre jurisprudencia referida a migrantes (Ceriani, Morales y Ricart, 2006) se propone como objetivo “describir de qué manera (...) el Poder Judicial ha reaccionado en casos en los que se alega el respeto, protección y garantía de los derechos de los migrantes”, para lo cual analiza “algunas decisiones judiciales domésticas

³ Existen otras líneas de trabajo interesante en lo judicial, por ejemplo sobre acceso a la justicia (Begala, 2012) o sobre violencia doméstica (Jaramillo, 2017).

(...) agrupadas por el derecho protegido”, lo que cubre un rango temporal que inicia aproximadamente en los noventa y alcanza hasta diciembre de 2004 y una variedad de tribunales tanto nacionales como provinciales, de distintas materias (laborales, civiles, administrativos) e instancias (primera, cámaras, Casación, CSJN). Aunque el criterio y método de búsqueda y selección no están explicitados, el trabajo señala muy interesantemente “la exigua cantidad de casos que hemos podido hallar sobre esta temática”, señalando en particular que “ha sido imposible encontrar toda la jurisprudencia federal y provincial que pudiera haber (particularmente en ciertas provincias, por la dificultad en el acceso a la información desde afuera de la provincia respectiva)”, pero el material encontrado les permite a los/as autores destacar la limitada jurisprudencia sobre el tema (Ceriani, Morales y Ricart, 2006, p. 881). Entre los casos analizados de estos/as autores/as, que caen bajo la órbita delimitada por este trabajo, se encuentra por ejemplo “Cai Whenhuang” (2004); asimismo, hay otros casos de la CSJN pero que corresponden a derechos sociales (“Hooft”, “Gottschau” y se menciona “Reyes Aguilera”).

En 2009, Miglio y Toledo compendiaron sentencias hasta 2008. Inician su análisis jurisprudencial con el caso “De la Torre”, de 1998 que fue el que dio lugar al procedimiento ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que terminara, como parte del compromiso del Estado argentino, con la aprobación de la ley 25.871. Los autores (Miglio y Toledo, 2009) pasan revista a casos varios provenientes de distintos tribunales (contencioso administrativos, penales, laborales), nacionales y federales, de la Capital y de algunas provincias. El criterio y método de búsqueda y selección no se explicita. Entre los casos de la CSJN que analizan, se incluyen algunos que caen bajo la delimitación temporal del presente artículo, como “Cai Whenhuang” (2004), “Zhang” (2007). También se incluyen los tres casos mencionados sobre derechos sociales (“Reyes Aguilera”, “Hooft” y “Gottschau”).

En 2011 comencé a presentar resultados parciales de mis investigaciones sobre jurisprudencia argentina (García, 2011), aunque limitada a causas por “derechos de la movilidad” (ingreso y rechazo en frontera, circulación y residencia, egreso y expulsión) o, desde el punto de vista del Estado, “control migratorio”, circunscribiéndome al fuero federal de la Capital Federal (Ciudad de Buenos Aires, Argentina). En aquél momento, más del 90% de los trámites migratorios correspondían a sede central de la DNM (sita en Retiro), lo cual provocaba que las acciones judiciales se tramitaran, también mayoritariamente, ante el fuero Contencioso Administrativo Federal de la Capital Federal.

Poco después, Morales (2012) escribe sobre jurisprudencia de CSJN y “algunas cámaras federales” y divide el tratamiento en dos secciones, separadas por la llamada “ley” Videla, un decreto de la última dictadura militar argentina en vigor desde 1981 hasta 2003. La primera sección inicia así con un caso de 1951 aunque sólo es un ejemplo, ya que cita inmediatamente uno de 1944 y así los

va dividiendo por décadas hasta llegar a 1981, año en el cual inicia una sección nueva para tratar los casos sentenciados bajo la vigencia de la ley migratoria de la dictadura (y de buena parte de nuestra vida democrática). En la última sección relata y analiza casos dictados desde el 2004 y que por tanto, caen bajo la órbita de este artículo, donde se incluyen “Cai W.” (2004), “Maseda López” (2006), “Zhang” (2007), “Ni H-Ising” (2009). Entre las conclusiones, señalará que las normas y prácticas que desconocen a los migrantes como sujetos de derechos “se desarrollaron sin control alguno por parte del Poder Judicial” (Morales, 2012, p. 358), rol cuya importancia ha sido destacada, según el autor, por la misma jurisprudencia de la CSJN.

En 2013 presenté en las jornadas de Sociología de la Universidad de Buenos Aires un análisis sobre los casos de expulsión por causas penales (publicado como artículo en García, 2015) y otro sobre las “retenciones” de DNM en unas jornadas interdisciplinarias del IDAES. Ambos espacios sirvieron para ponerme en la pista de todo el camino que, como abogada, debía desandar para decodificar el vocabulario, circuito, derrotero y decisiones del mundillo jurídico. Como producto de una Facultad de Derecho, me di cuenta que muchas de las prácticas que tomaba como dadas no eran naturales en absoluto. El mismo año defendí mi tesis doctoral donde reconstruí el universo de casos y analicé sentencias y expedientes donde DNM ha sido demandada o demandante en el fuero administrativo de la Nación (García, 2013).

En relación a los aspectos penales de la ley de migraciones, el libro de Monclús y Brandariz García (2014) incluye un extenso apartado donde se analizan algunos casos relevantes que caen bajo la delimitación de esta contribución, como “Granados Poma”.

En 2015, De Llano (2015), defensor público para cuestiones migratorias, abordó la revisión judicial para casos de control migratorio a través de jurisprudencia. Ese texto se dedica específicamente a analizar el caso “Ojeda Hernández”, sentenciado por la CSJN en 2014 e incluye lineamientos internacionales sobre la garantía de la doble instancia.

Más recientemente, Roca (2018), también parte de la Defensoría General de la Nación, analiza jurisprudencia nacional para dar cuenta de las garantías del debido proceso en relación a las personas migrantes. Además brinda datos sobre casos aún no resueltos por la CSJN. Así, por ejemplo, analiza ampliamente el dictamen del Procurador ante la CSJN en “Peralta Valiente”, relevante porque sostiene la suspensión de cualquier medida ante la impugnación de la orden de expulsión. También indica varios otros dictámenes en casos análogos (“Taboada”, “Torres Miraval”, “Mabuza Moses”, “Flores”) que apoyarían esta tesis. Menciona asimismo casos que aún no tienen tal dictamen pero que serán resueltos por la corte por haberse interpuesto ya el recurso extraordinario,

como el caso “Apaza León”, que fuera resuelto poco después.⁴

El mismo año, Arlettaz (2018) recupera las nociones de “habitante”, los criterios para la admisión y rechazo de personas extranjeras así como otros aspectos de lo más relevantes para el control migratorio, aunque con un corte más histórico y sin explicitar, nuevamente, el criterio de selección de las sentencias que se mencionan o una delimitación temporal.

En este contexto, entonces, uno de los aportes de este artículo es también sistematizar el panorama ya construido sobre la actuación del Poder Judicial, en esta oportunidad a través del análisis de las decisiones de la CSJN. Con ese fin, en el siguiente apartado describo varios aspectos metodológicos y las actividades llevadas a cabo a los fines de los objetivos propuestos en este artículo. Luego, avanzo hacia el “interior” del campo para concentrarme en el análisis legal de las decisiones emitidas por el máximo tribunal argentino. En este tránsito entre la sociología jurídica y el análisis legal propiamente dicho incluyo una breve reflexión sobre un aspecto ausente en la bibliografía mencionada: la gran cantidad de causas rechazadas por “inadmisibles” o, en general, por criterios formales.

DELIMITACIÓN Y METODOLOGÍA

La selección de la CSJN como ámbito del poder judicial para explorar las decisiones sobre control migratorio desde la vigencia de la ley 25.871 obedece a varias razones. Primero, es la máxima instancia judicial argentina, con lo que su función de “casar” interpretaciones divergentes es de lo más útil. Aunque sus sentencias no son en sí mismas obligatorias para los tribunales inferiores, se dice que tienen “fuerza moral”. También permite un panorama de la actuación del Judicial a nivel nacional, ya que llegan casos de todo el país. Por último, hay cuestiones más prácticas: para el amplio rango temporal definido, circunscribir la búsqueda a un solo tribunal con la suficiente representación para hablar de Argentina es conveniente dirigir la atención a la CSJN; además su base de datos de sentencias está en línea (<https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/>).

4 Durante 2017 y 2018, las publicaciones en Derecho estuvieron concentradas en el Decreto de Necesidad y Urgencia 70/2017 y fueron coincidentes en señalar el retroceso que significa en términos de derechos de las personas migrantes. En algunos se analizan aspectos generales del DNU (García, 2017; Monclús, 2017); otros analizan modificaciones específicas (Muñoz, 2017; Roca, 2018). En 2018 busqué establecer una relación entre la emisión del DNU y el crecimiento de las causas judiciales (García, 2018).

La búsqueda de decisiones (también “fallos”, en la jerga) se hizo delimitando las fechas 1 de enero al 31 de diciembre año a año, entre 2004 y 2018. Aunque inicialmente hice una única búsqueda para el período, los resultados eran más difíciles de trabajar así como para advertir alguna evolución. Las palabras clave que resultaron exitosas para la búsqueda fueron: “migraciones” (tanto en “palabra libre” como en “autos”, que se refiere a la carátula o nombre del expediente) y “DNM” en “autos”.⁵ Aunque la mayoría de los casos surgidos de los resultados son por (actora) o contra (demandada) Dirección Nacional de Migraciones (DNM), la búsqueda por la voz “migraciones” en palabra libre permite la aparición de otros casos donde este organismo se encuentre involucrado aunque sin ser directamente parte. Por supuesto, esto también arrojó resultados irrelevantes, donde la voz “migraciones” tenía otro uso.

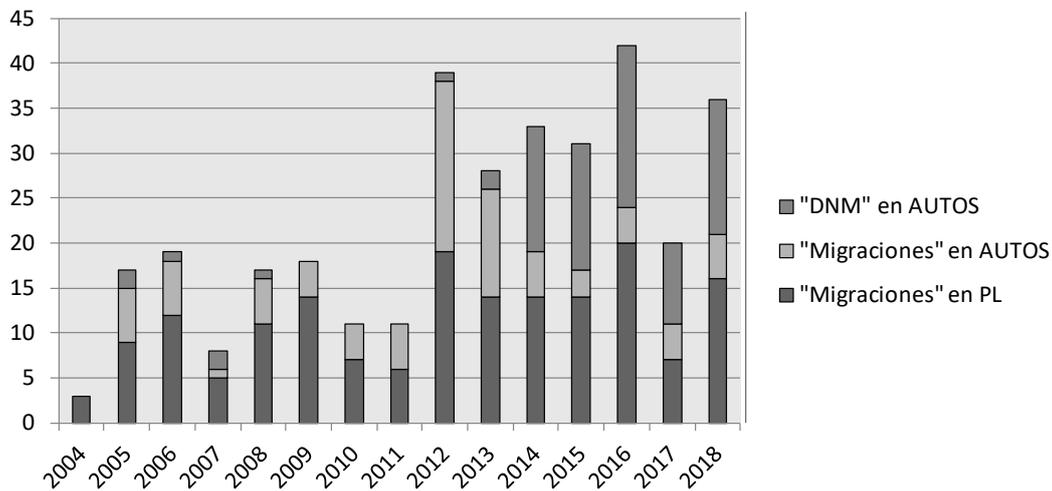
Adelanto ya que el universo total, en términos de resultados, es de 333. Estos “resultados” no son necesariamente trescientos expedientes o sentencias. Primero, porque el uso de distintas voces suele arrojar los mismos resultados; esto surgía claro después de cruzar las diferentes listas de cada voz por año. Segundo, porque un mismo expediente puede llegar más de una vez a la Corte (y así aparecer como resultado en varios años seguidos), a raíz de las apelaciones de diferentes partes, por ejemplo. En otros casos, para un mismo expediente y apelación se trata del dictamen del procurador en un caso y la sentencia de la Corte en otro, con lo que hay dos resultados.

PROCESAMIENTO DE RESULTADOS

La composición de los resultados totales luce en la imagen a continuación. Como se ve, para algunos años no hay resultados para “Migraciones” o “DNM” en el campo “Autos” (2004) o solo para “DNM” en “autos” (2009, 2010, 2011).

⁵ La base de datos tiene varios campos de búsqueda: “texto” (que aquí refiero como búsqueda por palabra libre), “autos” y se puede indicar una fecha en particular o un rango de ellas. Se omitió la búsqueda con la voz “extranjero” porque la sola depuración de la lista requiere de un trabajo mayúsculo. Como comprobé en García, 2013, se incluyen muchos casos sobre empresas y filiales “extranjeras”. Tan sólo en los resultados de CSJN, la búsqueda por “extranjero” dio 329 resultados. Muy recientemente, se agregó un campo, “voces”, donde solo se admite palabras nomencladas.

Gráfico 1. Cantidad de resultados totales de la búsqueda en bases de datos de la CSJN para dos voces (“DNM”, “migraciones”) en dos campos (palabra libre y autos). Argentina, 2004-2018.



Fuente: elaboración propia sobre la base de datos de sentencias (fallos completos) de la CSJN. Disponible en: <http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/fallos/consulta.html>

Luego eliminé los resultados que no corresponden, a simple vista, a temas de control migratorio. Para ello el criterio más obvio fue utilizar como criterio el “objeto de juicio” de cada causa: así, los casos cuyo objeto de juicio⁶ fueran “empleo público”, “diferencias salariales” o “ejecución fiscal” quedaron eliminados.⁷

En segundo lugar se eliminaron aquellos casos cuya “contraparte” (actora o iniciadora de un proceso o bien demandada por DNM) fuera una persona jurídica, normalmente una empresa. En este tipo de casos, aunque se discutiera algún tema de control migratorio, este es tangencial.⁸ Por lo general, mi propia

6 Las carátulas de un expediente en una demanda estándar (“A contra B sobre X”) se componen en primer término de la parte que demanda (“actora”), seguido de la requerida (“demandada”) y por último el objeto del juicio. Estos están nomenclados de antemano por el fuero y jurisdicción ante el cual se presenta la acción; algunos dejan bastante en claro el objeto de la demanda (como “hábeas corpus”) mientras que en otros (“proceso de conocimiento”, “juicio sumario”) sólo sabemos la celeridad con que se va a tramitar pero poco sobre el fondo del asunto.

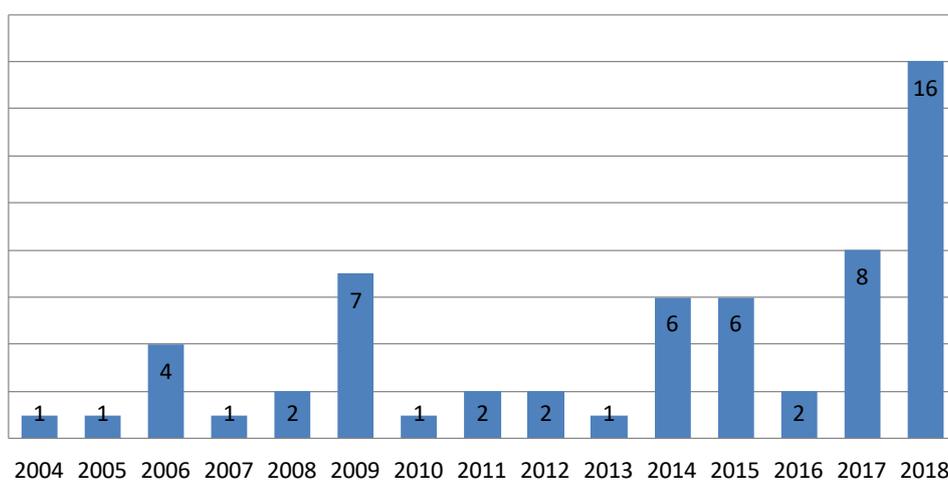
7 Los casos cuyo objeto de juicio solo indicara un tipo de proceso (como por ejemplo “Duarte Ernesto contra Estado Nacional-Ministerio del Interior-Dirección Nacional de Migraciones s/proceso de conocimiento”) se dejaron para una etapa posterior, ya que sólo por el objeto, que corresponde solo a un tipo de proceso no nomenclado particularmente, no puede saberse la discusión de fondo.

8 Se han encontrado discusiones interesantes en algunos casos de aerolíneas, como la devolución de estas de una persona a un tercer país. No obstante, el balance entre el costo y el beneficio de analizar cada caso que involucren a una persona jurídica es desfavorable: son cientos de casos, y

investigación ha indicado con anterioridad que se trata de casos de multas. Una explicación mayor sobre estas exclusiones puede encontrarse en un texto anterior (García, 2013).

Después de aquellas exclusiones, el universo total de casos en los que sí correspondía ingresar al resultado para ver la sentencia quedó conformado por 61 casos.

Gráfico 2. Cantidad de causas judiciales luego de excluir los objetos de juicio “empleo público”, “diferencias salariales” y “ejecución fiscal” y contrapartes que sean personas jurídicas, por año. Argentina, 2004-2018.



Fuente: elaboración propia sobre la base de datos de sentencias (fallos completos) de la CSJN. Disponible en: <http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/fallos/consulta.html>

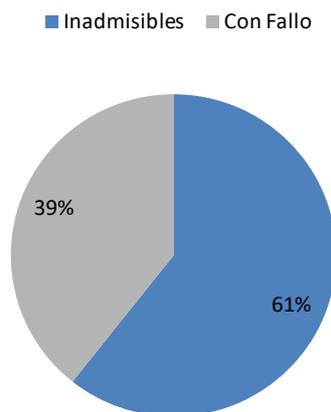
Lo primero que señalaré con respecto a estas sesenta y un causas es que la mayoría fueron declaradas inadmisibles. Esto significa que no tienen una sentencia de fondo, un criterio de la Corte en materia de control migratorio. Prevalece, en tales casos, el último criterio adoptado, el del tribunal anterior en la causa y que fuera apelado por alguna de las partes.

En la mayoría de estos casos, tal declaración de inadmisibilidad puede advertirse directamente desde el listado (sin necesidad de entrar a la decisión), ya que en el resultado figura “inadmisible”. Sin embargo, al empezar a revisar todos los demás donde se indicaba “fallo” (lo que suele indicar que hay una sentencia de fondo), también empezaron a surgir otros rechazados por cuestiones formales. Por ejemplo, porque la CSJN considera que “el recurso extraordinario no cumple con los requisitos” para ser tal.

los hechos que dan lugar al recurso extraordinario no suelen estar narrados en la sentencia (donde solo se suele discutir la multa), lo que vuelve necesario buscar la sentencia de la instancia anterior a la Corte por otras vías.

El siguiente gráfico muestra más claramente el peso de las causas inadmisibles o rechazadas por alguna cuestión formal (“no cumplir requisitos del recurso”, sea recurso extraordinario o queja) y las que efectivamente cuentan con un criterio de fondo.

Gráfico 3. Porcentaje de causas judiciales luego de excluir los objetos de juicio “empleo público”, “diferencias salariales” y “ejecución fiscal” y contrapartes que sean personas jurídicas, que han sido rechazadas y con sentencia de fondo. Argentina, 2004-2018.



Fuente: elaboración propia sobre la base de datos de sentencias (fallos completos) de la CSJN. Disponible en: <http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/fallos/consulta.html>

Según el gráfico anterior, entonces, más del 60% de las causas llegadas a la CSJN (un total de 36) identificadas según los parámetros detallados son rechazadas. Si bien eso es todo un mensaje en sí mismo (cuyo análisis inicial he comenzado en otro artículo, por lo que no será objeto de este), no permite de primera mano identificar estándares jurídicos de fondo de la CSJN aplicados a personas migrantes. Por lo demás, esto permitiría explicar también por qué las investigaciones previas terminan trabajando con un número tan bajo de sentencias. Con frecuencia, la decisión de inadmisibilidad tampoco permite saber si se trataba de una causa de control migratorio o no: en algunas queda claro que sí (por ejemplo, “Flecha González”, rechazado por entender la CSJN que no era de su competencia; “Maseda López”, por ser, según la misma Corte, improcedente el recurso) y en otras, que correspondía a otro tema (“Alespeiti”, una discusión sobre una prisión domiciliaria). Referiré esta cuestión al abordar la declaración de inadmisibilidad y los problemas, incluso metodológicos, que plantea.

Para finalizar, resta una última etapa de exclusión que implica entrar a la decisión de cada caso para conocer los términos del fallo de la Corte y también pudo identificarse algunas causas donde pese a figurar “fallo”, se había rechazado el

recurso por cuestiones formales. Desde que esto sucedió en tres casos (“Maseda López”, “Flecha González” y “Amancio”), el número de causas rechazadas por cuestiones formales se eleva a 39 sobre las 61 causas totales. Luego, la lectura de las cuestiones de fondo permitió determinar también que otras dos causas más (“Alespeiti” y “Chiesa”) respondían a otras discusiones: la primera ya mencionada, la segunda sobre honorarios. Esto reduce las posibles causas que conforman el universo total de discusiones sobre control migratorio llegadas a la CSJN a 59 causas.

Luego de descartadas las causas declaradas inadmisibles o rechazadas por cuestiones formales, el análisis de la sección siguiente se concentra en las 20 restantes, sobre el total de 59.

Adelanto aquí que reconozco las dificultades de construcción de este universo y hasta lo tedioso de esta sección, pero que entiendo útil ante los silencios metodológicos con que trabajamos en Derecho. En todas las causas declaradas inadmisibles, es muy difícil saber si finalmente trataban sobre control migratorio. En un trabajo paralelo a este me dediqué a investigar estos casos, a reconstruirlos a través de sus instancias judiciales anteriores y el resultado, al final, fue más la dificultad de este rastreo que otras cuestiones. En otras causas catalogadas en el listado como “inadmisibles” sí fue posible identificar que la discusión de fondo era sobre control migratorio, por ejemplo en los hábeas corpus “Hang Shuling y otros” (2014) y “Chen, Ren Li” (2013). Me referiré a esta cuestión más adelante.

ANÁLISIS DE CASOS

En esta sección se abordan los 20 casos restantes que sí cuentan con una decisión que se suele llamar “de fondo” (un criterio de la Corte sobre los hechos presentados en la demanda y eventualmente, en su contestación)⁹ con una clasificación por temas. Varios casos se refieren a la misma discusión, como ser los casos de ciudadanía (cuatro casos), los referidos a la garantía de la doble instancia (siete casos) y los que discuten el umbral mínimo de años en condena penal para una expulsión u otras cuestiones penales.

La clasificación de casos se ha hecho como sigue: (i) dos de ellos “partidos” por la ley de migraciones; (ii) relacionados a pedidos de ciudadanía (cuatro casos) de 2009; (iii) sobre la garantía de la doble instancia en control migratorio (siete); (iv) relativos a cuestiones penales: “Granados Poma”, “Apaza” y su análogo, “Velázquez Flores”; (v) varios, donde presento cuatro casos más. El análisis aquí

⁹ Por regla general, toda demanda tiene una contestación (a veces incluso una contrademanda), lo cual obedece a reglas elementales del debido proceso y del derecho a ser oído. No obstante y particularmente las causas donde DNM pide la “retención” (detención a los efectos de la expulsión) de una persona extranjera, en ese pedido judicial la persona suele estar ausente.

será legal o “interno”. Si bien por razones de espacio no me explayo en cada una de las cuestiones legales debatidas (que en todo caso pueden encontrarse en la bibliografía reseñada en la primera sección), tomo las más relevantes en términos de protección de derechos de las personas migrantes.

El manejo del cambio de paradigma por la CSJN: “Cai Wenhuan” (2004) y “Zhang Hang” (2007)

El primer caso (y el único de 2004) es “Cai Wenhuan”. En él, la CSJN se remite directamente al análisis de la Procuración (normalmente referido como “Procurador” o “Procuradora” General), figura que presenta su opinión a la Corte sobre lo que el Estado debería hacer en el caso. Estos dictámenes, valga aclarar, no son obligatorios para la Corte.

“Cai W.” es entonces una acción a favor de varias personas de nacionalidad china que se encontraban detenidas a raíz de un control; iniciada en los años noventa y sentenciada por la CSJN en abril de 2004. El argumento que finalmente resuelve la causa gira en torno a dos cuestiones principales: la posibilidad de control judicial del acto administrativo (que luego de la ley 25.871 ya está fuera de discusión) y el “derecho” de la Nación a regular la entrada y permanencia de extranjeros. En los hechos, se trata de una acción de hábeas corpus que había encontrado resultado favorable tanto en 1ra como 2da. Instancia del fuero Criminal y Correccional de la Capital. La Corte, sin embargo, revoca estas sentencias tomando como base el mencionado dictamen del Procurador.

El dictamen de la Procuración es de 2002 y la sentencia de Corte, de 2004: como era de esperar, los argumentos de aquella se basan en todo el sistema de la “ley” Videla pero sorpresivamente, la CSJN se remite a ellos y los “hace suyos”. Para la Corte, entonces, el cambio legal o directamente, de paradigma, como se ha señalado en varias oportunidades, parece irrelevante. En palabras de Ceriani, Morales y Ricart (2006, p. 839) “el tribunal ignora por completo la derogación de la vieja legislación migratoria y la entrada en vigencia de la ley 25.871”.¹⁰

El caso “Zhang Hang” también se vio partido por la ley de migraciones de 2004 pero difiere del anterior. Primero, porque no es un caso contra la DNM sino contra el Ministerio de Relaciones Exteriores; segundo, porque recepta el cambio legal como “una variación sustancial” y destaca como importante, en el tejido de la ley 25.871 aprobada en 2004, el derecho a la reunificación familiar. Muy

10 O mito el análisis de fondo de esta sentencia por dos razones: la primera, porque los argumentos del Procurador se basan en un decreto de la dictadura que no está ya más vigente; la segunda, porque pueden leerse un análisis sobre este pretendido “derecho” del Estado (argumento que se basa, a su vez, en una sentencia de los años cuarenta, época también de dictadura en Argentina) en varias producciones anteriores referidas en la introducción.

brevemente, la situación que dio origen al litigio fue la denegación del ingreso a la esposa del Sr. Zhang basándose en su aparente “conducta proclive al delito”. Esta figura de la norma Videla, según se explica, fue aplicada al caso porque al momento de concurrir a la citación en la embajada argentina en China, la señora lleva una suma de dinero importante que le había sido solicitada (esto logra ser probado después), lo cual se toma como un intento de soborno.

Luego de este relato, la CSJN abre su análisis destacando que “la nueva ley de Política Migratoria argentina (...) no sólo derogó la norma anterior (...) sino que estableció, en lo que al caso interesa, una variación sustancial de los objetivos a tener en cuenta para la admisión de extranjeros” (Consid. 8). Luego de mencionar las obligaciones estatales en torno a la reunificación familiar, señala que aquella supuesta “conducta proclive” no fue incluida en la legislación de 2004. En consecuencia,

“habida cuenta de las profundas transformaciones que ha provocado la nueva Política Nacional de Migraciones en relación con la norma anterior, y dado el reconocimiento de la demandada de la incompatibilidad entre dicha normativa y la causal invocada para negar el ingreso al país de la esposa del actor, resulta procedente que la acción de amparo sea nuevamente fallada por los jueces de la causa sobre la base del derecho federal ahora vigente” (Consid. 11).

Un recordatorio sobre los orígenes dictatoriales del requisito de legalidad

Los cuatro resultados relativos a “cartas de ciudadanía” (tal el objeto del juicio con que fueron clasificados) son de 2009, provienen de Córdoba y cuentan con sentencias de fondo de la CSJN. El más conocido de ellos, “Ni, I-Hsing” es un clásico a la hora de mencionar criterios judiciales para el otorgamiento de la nacionalidad argentina y es el que brinda el sustento a los demás.

En estos casos la discusión giró en torno al requisito de “residencia” de dos años que la Constitución Nacional¹¹ y su ley regulatoria (Nro. 346)¹² solicita para obtener la ciudadanía y dos criterios en juego: la residencia ¿debía ser “legal”? ¿O solo de hecho? La discusión no era menor (sobre todo frente a las históricas dificultades para regularizar) y la decisión de la CSJN avaló esta última interpretación. Tiene en cuenta para ello que el Sr. Ni, de nacionalidad china, había solicitado la residencia regular en varias oportunidades, sin éxito; que tenía un núcleo familiar asentado en el país desde hacía 14 años, que no revistaba en los impedimentos legales y que contaba con un patrimonio

11 Artículo 20 CN: “Los extranjeros... Obtienen nacionalización residiendo dos años continuos en la Nación”.

12 Esta ley establecía que son ciudadanos por naturalización “los extranjeros mayores de 18 años que residiesen en la República dos años continuos y manifestasen ante los jueces federales de sección su voluntad de serlo” (art. 2).

económico considerable. Más allá de todos los análisis sobre la generosidad de nuestra Constitución, en los últimos años ha devenido primordial el recordatorio que hace la Corte en este caso sobre alguna genealogía de este requisito de “legalidad”. Este había sido incluido por la ley de facto 21.795, dictada por la última dictadura militar y posteriormente derogado al reinstalarse la democracia. Para derogarla, el mensaje del presidente Alfonsín en el proyecto al Congreso decía que “consideró necesario derogar la citada ley de facto al reputarla (según puede leerse en la misma sentencia) opuesta ‘a una secular tradición jurídica argentina’ e ‘inconstitucional en muchos de sus aspectos’”, ya que el

“sistema previsto por la Constitución y la ley para organizar la nacionalidad en la República” como el “fundamento de una tradición jurídica e institucional que ha tenido un papel formativo de la realidad nacional actual. La Constitución fue dictada para ‘constituir’ el país futuro, inexistente todavía en el momento de su sanción. Los preceptos referentes a la nacionalidad se presentan por ello como normas ‘constitutivas’ de la Nación, que no pueden ser alteradas sustantivamente sin vulnerar de manera esencial los fundamentos de la República” (considerando 4 de la sentencia).

Ello nos pone en la pista del ánimo que inspira a las reformas pretendidas por el DNU 70/2017 al incluir el requisito de regularidad en la residencia pedida en la ley de ciudadanía. Esto, al margen de la acertada invalidez del DNU y de la imposibilidad de este de modificar la ley de ciudadanía, aspectos señalados por la sentencia de Cámara en la causa que impugna el decreto.

Superando la excepcionalidad del control migratorio: la garantía de la doble instancia

El derecho y las prácticas migratorias, mirados bien de cerca, ponen en suspenso buena parte de los principios y estándares que sí rigen en otras áreas del Derecho. Una de estas “suspensiones” o regímenes de excepcionalidad estaba organizada en torno a la imposibilidad de acudir a una segunda instancia que se había instalado fuertemente en los criterios de los tribunales federales.¹³

El caso “Ojeda Hernández” (2014) se presenta con nomenclatura indefinida (revista como “s/causa n° 2739/12”) aunque es uno de los más relevantes llegados a Corte, ya que se refiere a la garantía de la segunda instancia que debe

13 El argumento puede leerse por ejemplo en la sentencia de Cámara de “Shakhtarina”, entre muchas otras: “la ley de Migraciones instituye un remedio judicial que permite la revisión de lo actuado en sede administrativa, en una única instancia jurisdiccional, que se agota con la intervención del juzgado en primera instancia, lo que torna improcedente el conocimiento de la cuestión suscitada por un tribunal de alzada en grado de apelación. Ello es así, por cuanto se ha previsto un “recurso”, término que revela la voluntad del legislador de establecer un sistema de revisión judicial abreviada, limitada a la intervención del juzgado de primera instancia” (página 3 de la sentencia).

acompañar los procesos migratorios. En la práctica, los recursos ante las cortes de apelación contra decisiones de los tribunales de primera instancia venían siendo rechazados. Aunque mejores análisis sobre él pueden encontrarse en un artículo del mismo defensor que llevó el caso (De Llano, 2015), lo medular del fallo se encuentra en el siguiente párrafo:

“(...) los defectos del pronunciamiento que canceló arbitrariamente la apertura de la jurisdicción apelada de la cámara afectan de modo directo e inmediato la garantía constitucional de defensa en juicio que asiste al recurrente (art. 15 de la ley 48), en la medida en que si bien la doble instancia en procesos como el presente no tiene raigambre constitucional, adquiere esa condición cuando las leyes específicamente la establecen” (considerando 7).

Este caso resuelve también otros seis: “Figueroa Awilda”, “Alva Lavado”, “Melo”, “Uriarte Cubas” (un caso que llegó en dos oportunidades a la CSJN, habiendo sido rechazado en la primera), “Vega Carrión” y “Bernal, Rigoberto”, un caso que tuvo una amplia repercusión pública (ATAJO, 2016), aunque las modalidades de virtual secuestro de una persona migrante a los efectos de su expulsión no sean una cuestión nueva (García, 2013).

Exclusión del país y causas penales

Bajo este apartado trataré los casos donde la CSJN abordó la existencia de causas penales para la exclusión del país: “Granados Poma” y “Apaza, León”, que también resuelve “Velázquez Flores”.

“Granados Poma” fue un caso que tuvo en vilo a la comunidad de abogados/as dedicados a la defensa de personas migrantes. Se trató de un amparo presentado contra DNM por la decisión de expulsión de una persona migrante que cumplía condena penal en Argentina, donde había formado familia y donde se había recibido, a su vez, de abogado. En primera y segunda instancias, la acción legal es rechazada por cuestiones formales, por no cumplir con el requisito de “arbitrariedad o ilegalidad de carácter manifiesto del acto en cuestión”; este rechazo por cuestiones formales es algo muy frecuente en los amparos contra DNM.¹⁴ En este panorama, aquella afirmación de Ceriani, Morales y Ricart (2006) acerca de “la opción por remarcar las cuestiones formales de acceso a la jurisdicción constituyen un elemento prioritario para la resolución de la acción de amparo”, se encuentra bien vigente.

La CSJN, por su parte, remite al argumento de la Procuradora Fiscal, según el cual el recurso no había “rebatido mínimamente” los argumentos de la Cámara,

¹⁴ Un análisis más pormenorizado al respecto puede leerse, por ejemplo, en García (2013).

lo cual permitiría afirmar que es inadmisibile. No obstante, avanza sobre el fondo de la cuestión por entender que estaba en cuestión la interpretación de una norma federal. Comienza así enmarcando la discusión:

“La Ley de Migraciones 25.871 tiene como objetivos, en lo que aquí interesa y está en juego, tanto garantizar el ejercicio del derecho a la reunificación familiar (art. 3° inc. d) como promover el orden internacional y la justicia, denegando el ingreso y permanencia en el territorio argentino a personas involucradas en actos reprimidos penalmente por nuestra legislación (art. 3° inc. j)” (Considerando 4).

Luego, la CJSN recuerda que en el artículo 29.c se establece una “causal impediente” centrada en la condena o antecedentes penales.¹⁵ También, que en la misma sección se establece que la DNM “podrá” admitir a quienes tengan estas condenas o antecedentes penales por razones de reunificación familiar. En el caso, la DNM no hizo esta admisión basada en la reunificación familiar y la Procuradora concluye que, entonces, “no se avizora ningún rasgo de arbitrariedad en la decisión” (p. 3), ya que la redacción de la ley indicaba que podía hacerlo o no. Por último, destaca que de hecho, según una resolución previa del mismo organismo, Granados Poma debía ser expulsado inmediatamente luego de haber cumplido su condena.

El hecho de que la CSJN tome estos argumentos como suyos para resolver el caso me hace pensar en tres cosas: la primera, la falta de balance judicial entre las facultades de exclusión y los derechos de las personas migrantes. Estos últimos no se mencionan aunque sí es notado el hecho de que el Sr. Granados Poma tiene un hijo argentino, cuyos derechos tampoco son tenidos en cuenta. La segunda, que la ausencia misma de balance (entre el interés de expulsar y el derecho a la reunificación familiar) por la propia Administración tampoco sea señalada como arbitrariedad. Y por último, que no se advierta garantía alguna vulnerada en el hecho de que una persona cumpla una condena de prisión y luego sea sometida a otra, como es la expulsión del país. Varias de estas cuestiones se han discutido extensamente en la literatura reseñada en la primera sección (Monclús y Brandariz García, 2014).

Un segundo caso donde se discuten también aspectos penales del control migratorio tiene que ver con la interpretación dada al mínimo de tres años que trae la redacción del artículo 29 inciso c ya citado. Es el caso “Apaza, León”, de 2018 el cual vino a poner ¿fin? a dos interpretaciones divergentes.

El Sr. Apaza, de nacionalidad peruana, vivía en Argentina con sus cuatro hermanos

15 En la redacción original de la ley: “En el inc. c) se establece como impedimento (...) haber sido condenado o estar cumpliendo condena, en la Argentina o en el exterior, (...) por delitos que merezca para la legislación argentina pena privativa de la libertad de tres (3) años o más”.

y su sobrino, en un mismo hogar, desde 2008. Entre las razones de su movilidad se señala la falta de trabajo en su país. En 2009 fue sentenciado a un año y seis meses de prisión en suspenso por tentativa de robo, lo que según DNM, da lugar para denegarle la residencia y ordenar su expulsión, con una prohibición de reingreso al país por ocho años.

Sólo para centrarnos en el artículo 29 (que es el que se discute en “Apaza”), de once “causales impeditivas” en total (del “ingreso o permanencia”), seis corresponden al universo penal. Una de estas previsiones, la del inciso c, establece que el hecho de que una persona tenga sentencia o antecedentes por tres años o más puede ser causa de denegación de la residencia y consecuente expulsión. El punto aquí es la conjunción “o” por la cual DNM sostenía que cualquier delito o antecedente podía configurar una causal impeditiva, mientras que otras voces sostenían que sólo los delitos con condena mayor a tres años tendrían tal entidad y que la referencia a “antecedentes” era sólo para ciertos delitos graves.

En este panorama, la CSJN es llamada a “casar” dos interpretaciones divergentes: el juzgado de primera instancia había resultado favorable a la acción presentada por la persona migrante, declarando la nulidad de la disposición de expulsión por no cumplirse el piso mínimo de tres años en el delito previsto, mientras que la corte de apelación sostuvo que la conjunción “o” permitía entender que había dos causales diferentes: (i) cualquier condena penal por cualquier delito y monto; (ii) antecedentes en ciertos delitos.

Uno de los aspectos principales de la sentencia de la CSJN es que, amén de inclinarse por la primera interpretación, lo hace de manera concisa y clara, lo cual va de la mano con el desatino de la interpretación propuesta por la DNM. Muy sencillamente, la Corte señala que:

“si la regla establecida en el inciso c fuese que todo migrante puede ser expulsado por haber sido condenado por cualquier delito –sin importar la cuantía de la pena–, las previsiones de los otros incisos mencionados serían redundantes, ya que los casos regulados por estos incisos encuadrarían en esta regla general...la interpretación plausible...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...o bien con cualquier otro delito que para la legislación argentina merezca pena privativa de libertad de tres años o más”.

Para finalizar, la CSJN aclara también que los/as jueces tienen la obligación (“deben”) de conciliar el alcance de las normas aplicables, “evitando darles un sentido que ponga en pugna las disposiciones destruyendo las unas por las

otras”, esto es, buscando una interpretación que armonice la regla del artículo 29 “c” con las restantes causales (párrafo 7). Con esto, responde a la corte de apelación, que faltó a su función poner orden en pretensiones tergiversadas sobre la ley.

Causas varias resueltas por cuestiones formales

En este apartado reúno las causas restantes: un pedido de asilo político (“Rodríguez Menéndez”, de 2009), una discusión sobre competencia en un pedido de guarda (“Singh”, también de 2009) y dos sobre pedidos de residencia permanente (“Shakhtarina”, de 2013; “Zhang Peili”, de 2018), resueltas todas por consideraciones formales varias.

La sentencia de la CSJN en “Rodríguez Menéndez” (cuya extradición fuera solicitada desde España)¹⁶ es escueta y, más allá de que rechaza su competencia, nos deja en claro que es la DNM quien desde 2004, tramita los pedidos de “asilo político territorial”: “la Ley de Migraciones nro. 25.871 y la reglamentación vigente, consagran a la Dirección General de Migraciones como la Autoridad competente para tramitar pedidos de asilo político territorial” (párrafo 3).

El caso “Singh s/ protección y guarda de persona” llega a la Corte por un conflicto de competencia. Los hechos se suscitan a raíz del pedido del estatuto de refugiado por un adolescente indio (nacido en abril de 1988) donde ningún juzgado de tres en conflicto termina asumiendo la competencia para designarle un representante legal. Lamentablemente, la Corte no resuelve quien debería intervenir (algo que hubiera sido útil para futuros casos), ya que rechaza expedirse por entender que el conflicto devino “abstracto”: término empleado para señalar que la situación que origina un caso judicial habría desaparecido; en concreto, lo que había sucedido es que en tanto trámite judicial, el joven había alcanzado la mayoría de edad.

Otro caso que también fue declarado abstracto y que impide, por ello, prevenir conflictos similares a futuro es el de “Shakhtarina”, donde la actora solicitaba de manera urgente el otorgamiento de una residencia permanente; los hechos del caso no se mencionan en la sentencia y tampoco fue posible acceder a ellos a través de la base de datos de la jurisdicción.¹⁷ En suma, en el caso la Corte rechaza proveer un criterio de fondo pues entiende que, desde que la pretensión de la actora de obtener una residencia permanente estaba ya satisfecha al momento de resolver, no era necesario que la CSJN se expidiera sobre su reclamo.

16 “Rodríguez Menéndez se instala en España y abre bufet en Madrid”, 18/06/2014. Recuperado de: https://www.elconfidencialdigital.com/politica/Rodriguez-Menendez-instala-Espana-Madrid_0_2291770825.html.

17 Sí pude saber que el abogado interviniente litiga desde un importante estudio en la Ciudad

El último caso también resuelto por una cuestión formal es “Zhang Peili”. El caso llega a la Corte apelado por DNM desde que la Cámara Federal de Mar del Plata había anulado su criterio (reafirmado por la sentencia de primera instancia, que también resulta revocada) de denegar la residencia permanente a una señora de nacionalidad china.

Los hechos están mejor relatados en el dictamen del Procurador Fiscal (a la sazón, Víctor Abramovich, un referente en derechos humanos en la Argentina): ante el pedido de residencia permanente de una persona con una hija en el país que había obtenido ya varias residencias precarias, la DNM arguye que había presentado documentación presuntamente falsa. Como suele suceder, la DNM no prueba ni, por lo que le dice la Cámara, tiene pruebas de ello y es en función de esto que se decide suplantar su criterio y ordenar se otorgue la residencia solicitada. No sólo se trata de la denegación de residencia, ya que en la mayoría de los casos (y este no es la excepción) se acompaña de una orden de expulsión, en este caso de la madre de una argentina menor de edad. Esto lleva al Procurador a dejar en claro que

“Este criterio en materia probatoria adquiere mayor relevancia en el ámbito del procedimiento migratorio que puede derivar en la expulsión de una persona del país, desde que se ponen en juego derechos fundamentales de la persona tales como el derecho a la circulación y residencia y el derecho a la libertad personal (arts. 14 y 20, Constitución Nacional; y 7 y 22, Convención Americana sobre Derechos Humanos)” (página 6).

No obstante, la CSJN revoca la sentencia de Cámara argumentando que el tribunal no contaba con la mayoría necesaria para adoptar la decisión, con lo que la deja sin efecto y ordena que la Cámara dicte una nueva decisión. Esto, porque pese a que los jueces habían arribado a la misma conclusión, lo habían hecho por diferentes argumentos: uno se basa en el derecho a la reunificación familiar y otro en la falta de pruebas para sostener que la documentación era falsa. Aunque esto me sorprendió, posteriormente Guillermo Tracy me indicó que no faltaba razón a este argumento de la CSJN. Por supuesto, insisto en mi preocupación por la prevalencia de criterios formales para decisiones donde se suponen involucrados derechos de “raigambre constitucional”.

de Buenos Aires.

Los casos inadmisibles

Los casos inadmisibles no son objeto de este trabajo aunque su predominancia me obliga, entiendo, a algún comentario. Podrían plantearse preguntas muy interesantes para su indagación, pero por una cuestión de espacio, aquí solamente quisiera resaltar que si bien presentan elementos interesantes para un análisis de carácter más sociológico, al mismo tiempo suponen todo un desafío metodológico. La amplia prevalencia de rechazos atestigua lo difícil que es lograr una decisión de fondo de la CSJN, elemento que se suma a las dificultades propias de siquiera llegar a la Corte, una instancia “extraordinaria”; incluso los casos que corresponderían a su competencia originaria son de interpretación restrictiva.

Las resoluciones declarando que el recurso es inadmisibles son muy breves y carecen de fundamentación: todo lo que se alega es la aplicación del art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.¹⁸ En su etnografía sobre el mundo judicial, Barrera (2012) explica los alcances de “el 280”, también conocido como “fórmula 1” o “la plancha”:

“un mecanismo pensado como una forma de atemperar el gran aumento del número de casos que llegaban a la Corte en las últimas décadas, a partir del incremento de recursos [judiciales, ante la Corte]...por dos doctrinas creadas por la propia Corte: la cuestión de la arbitrariedad y de la gravedad institucional” (Barrera, 2012, p. 97).

Frente a esto, sigue relatando, se permitió que la Corte fuera discrecional para rechazar recursos extraordinarios o de queja “cuando la infracción a la ley federal no sea suficiente o cuando los asuntos en cuestión no sean sustanciales o trascendentes” (Barrera, 2012, p. 97).

En este contexto, podemos preguntarnos ¿los casos de control migratorio rechazados por la CSJN serían mayormente “insustanciales” o “carentes de trascendencia”, tal la redacción del artículo que habilita esta discrecionalidad? ¿Cuándo la superarían? ¿Qué sería algo sustancial?¹⁹ ¿O serán rechazos que reflejan ese malestar que nota Barrera en sus entrevistados/as en la Corte, cuando afirmaban que pese al 280 tenían muchos recursos porque “cualquiera puede presentar un recurso ante la Corte” (Barrera, 2012, p. 97)? En realidad, cualquiera que pueda pagar una especie de depósito (que no se devuelve) que para 2017 se fijaba en \$26.000 y en 2018, en \$40.000 (Argentina-CIJ, 2018).

18 Art. 280: “La Corte, según su sana discreción, y con la sola invocación de esta norma, podrá rechazar el recurso extraordinario, por falta de agravio federal suficiente o cuando las cuestiones planteadas resultaren insustanciales o carentes de trascendencia”.

19 Una de las evaluaciones de este artículo señala, muy acertadamente, que algunas causas efectivamente llegan y son resueltas.

Sintomático de este rechazo como principio (“fórmula 1”, el primero y también el más rápido) es que en el segundo caso de doble instancia presentado por el Defensor Oficial, “Uriarte Cubas”, la CSJN lo rechaza y sólo después, paso por “Sector Coherencia” (instancia cuya existencia desconocía), abre el acceso a la Corte para remitir a su caso análogo, “Ojeda Hernández”, que sí había accedido a resolver.

Desde que son declarados inadmisibles o rechazados por cuestiones formales la decisión no narra los hechos que dieron lugar al recurso de apelación ante la Corte; de allí que para conocer el fondo de la discusión sea necesario recurrir a la sentencia anterior, que no siempre es fácil o posible de encontrar por las bases de datos en línea.²⁰

CONCLUSIONES

Dentro del rango temporal delimitado ocurrieron tres grandes hitos en la política migratoria argentina: la entrada en vigencia de la ley de migraciones (enero 2004), los cambios en la conducción política del país (sobre todo en diciembre de 2015) y la emisión del Decreto de Necesidad y Urgencia (DNU) 70, dictado en enero de 2017 y que buscó modificar buena parte de la ley de migraciones. Con todo, el máximo tribunal tiene limitaciones al momento de reflejar estos cambios y por el tenor de las resoluciones (mayormente rechazos), no es posible analizar criterios de fondo. Los casos tardan años en llegar a la Corte y otros tantos en ser resueltos, por lo que es difícil trazar una correlación entre, por ejemplo, una mayor cantidad de causas y una determinada política.

En cuanto a la metodología, un aspecto sobre el que he insistido son las dificultades para reconstruir el universo de casos. De hecho, tuve que probar varias formas de búsqueda porque algunos casos cuya existencia conocía (como ser “Granados Poma”) no surgían en mis primeras búsquedas. Esto tenía que ver con la forma en que la DNM figuraba en el caso, a veces con siglas, otras de manera completa.

También presentaría dificultades una eventual búsqueda que quisiera identificar casos que involucren a personas migrantes aunque DNM o la palabra “migraciones” no se encuentre mencionada. Así por ejemplo, “Reyes Aguilera” y “Hooft”, referidos a derechos económicos y sociales, no aparecen como resultados. Entonces, la búsqueda efectuada tiene varias limitaciones, como ser otras posibles causas judiciales por control migratorio que no involucren a DNM,

20 Con todo, esta reconstrucción paralela a través de las bases de datos de cada tribunal está en marcha ya que la idea es identificar algunos posibles patrones de rechazo y conocer cuáles cuestiones han sido llevadas hasta la Corte, con independencia de si ella las aceptó o no. También, para saber quien “gana” o “pierde” con el rechazo de la CSJN: a veces el rechazo dejó en pie una sentencia favorable a la persona migrante.

como una detención por Gendarmería.

Una tercera limitación proviene de mis propias delimitaciones. Al excluir empresas, no llego a discusiones donde indirectamente se afecta a personas migrantes. Así por ejemplo, Miglio y Toledo (2009) señalan que a propósito del caso “Valmor SRL”, la CSJN se pronunció en un caso sobre una empresa multada por haber empleado trabajadores en situación irregular.

En otro orden de ideas, muchos casos relativos a la doble instancia y a los tres años de condena penal, llegaron con representación de la Defensoría Oficial. Roca señala que desde el 2008 –cuando se estableció– hasta diciembre de 2016, “la CM asistió a un total de 5,181 migrantes; mientras, la Defensoría Pública Oficial que interviene el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, representó a 601 migrantes en los procesos judiciales de impugnación de las órdenes de expulsión y/o retención” (Roca, 2018, p. 17). Como señalé en otra oportunidad a propósito de los magros resultados en el fuero contencioso administrativo federal, “en un ejercicio del ‘Estado’ (DNM) contra el ‘Estado’ (fuero CNAF), la mejor representación proviene del Estado mismo” (García, 2013, p. 355) por lo que “los verdaderos cambios” vendrán “de la mano de la representación letrada gratuita” (García, 2013, p. 369).

Otro aspecto a señalar es la preferencia por decidir los casos en uso de la discrecionalidad acordada por el artículo 280 mencionado y declararlos, así, “inadmisibles”. Esta máxima discrecionalidad se une con otras resoluciones por cuestiones formales no por ello menos discrecionales: recursos que no cumplen los requisitos, que no rebaten suficientemente los argumentos del tribunal anterior, que carecen de fundamentación, que no constituyen una “queja razonada” o bien, que han devenido abstractos, cuestión para nada inusual si se tiene en cuenta el largo período de tramitación de muchos casos. En este sentido, apunto que el caso que dio lugar al reclamo ante las instancias interamericanas de protección de derechos humanos fue desestimado por la CSJN porque el señor De la Torre ya había sido expulsado, entonces la queja contra la expulsión ya no tenía sentido ya que su libertad no se encontraba coaccionada. Entonces, un sano criterio sería aplicar aquí también la potestad de la Corte de decidir la cuestión para evitar discusiones análogas.

Por último, aún en los limitados estándares de fondo identificados, hay varios valiosos: (i) el reconocimiento de la “variación sustancial” que la ley 25871 implicó para los “objetivos a tener en cuenta en la admisión de extranjeros”, donde se destaca “la importancia que reviste en la nueva ley” el “principio de unidad familiar” (“Zhang, Hang”); (ii) la residencia como una mera cuestión de hecho, que rescata así las “piezas fundamentales para la formación de la Argentina moderna...hasta configurar el Estado nacional, receptor e integrador de inmigración masiva” (“I Hsing.Ni”, párrafo 6) y recuerda que el requisito

de legalidad fue establecido por la última dictadura militar y derogado prontamente con el retorno de la democracia por ser una medida “persecutoria”, “inconstitucional”, “discriminatoria” y “contraria a una secular tradición argentina” (párrafos 4 y 5); (iii) la vigencia de la garantía de la doble instancia (“Ojeda Hernández”), que nos lleva a pensar en cuántas otras garantías aparecen de hecho suspendidas por la excepcionalidad que plantea el control migratorio (como el derecho a ser oído, a ser anoticiado efectivamente de una expulsión); (iv) la correcta interpretación dada a las causales penales.

Frente a los avances securitarios en la región y principalmente, los planteados por el Decreto de Necesidad y Urgencia nro. 70/2017, muchos de estos aspectos han devenido de la mayor importancia.

BIBLIOGRAFÍA

ARGENTINA-MINISTERIO PÚBLICO FISCAL-ATAJO (2016) “Ordenan a la Dirección Nacional de Migraciones que permita el reingreso al país de un hombre deportado por error”, 17 de octubre de 2016. Recuperado de: <https://www.fiscales.gob.ar/atajo/ordenan-a-la-direccion-nacional-de-migraciones-que-permita-el-reingreso-al-pais-de-un-hombre-deportado-por-error/> [Consultado el 30 de marzo de 2019].

ARGENTINA-CENTRO DE INFORMACIÓN JUDICIAL (CIJ) (2018) “La Corte Suprema estableció en 40 mil pesos la suma del depósito previsto para la interposición del recurso de queja”. Recuperado de:

<https://www.cij.gov.ar/nota-32791-La-Corte-Suprema-estableci--en-40-mil-pesos-la-suma-del-dep-sito-previsto-para-la-interposici-n-del-recurso-de-queja.html> [Consultado el 30 de marzo de 2019].

ARLETTAZ, Fernando (2018) “Admisión y expulsión de extranjeros en el derecho argentino”, *Estudios Constitucionales*, vol. 16 nro. 1. Disponible en: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002018000100281

BARRERA, Leticia (2012) *La Corte Suprema en escena. Una etnografía del mundo judicial*. Buenos Aires: Siglo XXI.

BEGALA, Silvia (2012) “El reconocimiento diferenciado de derechos: primer obstáculo al acceso a la justicia de las personas migrantes”, *Revista Derecho y Ciencias Sociales*, nro. 6, p. 3-24.

CERIANI, Pablo (2004) “Nueva ley: un paso hacia una concepción distinta de la

migración” (113-135). En Rubén Giustiniani, *Migración: un derecho humano. Ley de migraciones 25871*. Buenos Aires: Prometeo.

CERIANI, Pablo; MORALES, Diego, & RICART, Luciana (2006) “Los derechos de los migrantes en la jurisprudencia argentina” (855-861). En Víctor Abramovich, Christian Curtis y Alberto Bovino (Eds.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década*. Buenos Aires: Editores del Puerto y CELS.

DELLANO, Hernán (2015) “Revisión judicial en materia migratoria”, *Infojus*, pp. 79-88. Recuperado de: <http://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/2015/11/Doctrina2267.pdf>

DOMENECH, Eduardo; PEREIRA, Andrés (2017) “Estudios migratorios e investigación académica sobre las políticas de migraciones internacionales en Argentina”, *ICONOS. Revista de Ciencias Sociales*, núm. 58, p. 83-108.

GARCÍA, Lila (2018) “Control migratorio en la Argentina reciente. Efectos de la modificación a la Ley de Migraciones a través de las acciones presentadas ante el Poder Judicial federal”. *Academia y Crítica: Universidad Academia de Humanismo Cristiano*, vol. 2, p. 86 - 113.

GARCÍA, Lila (2017) “Decreto 70/2017, Ley de Migraciones y Poder Judicial”, *Rubinzal Culzoni Doctrina 230/2017*, 9 de marzo de 2017.

GARCÍA, Lila (2013) *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 de Doctorado en Derecho. Universidad de Buenos Aires, Ciudad de Buenos Aires.

GARCÍA, Lila (2011) “Nueva política migratoria argentina. Diagnóstico y problemáticas subsistentes en términos de derechos humanos luego de un lustro”. Ponencia presentada en: III Coloquio de Migración Internacional, UNACH-INM y otros, San Cristóbal de las Casas, Chiapas, noviembre 2011.

JARAMILLO, Verónica (2016) “Acceso a la justicia, migrantes y violencia de género: Municipio de Lanús”, *Nuestra América*, vol. 7 nro. 7, p. 29-44.

MASSEY, Douglas (1999) “International migration at the dawn of the twenty-first Century: the role of state”, *Population and Development Review*, nro. 25, p. 303-322.

MIGLIO, Ezequiel y TOLEDO, Leonel (2009) “Jurisprudencia argentina en materia de derechos de migrantes” (337-382). En Pablo Ceriani Cernadas y Ricardo Fava (eds.), *Políticas migratorias y derechos humanos*. Remedios de Escalada: EDUNLa.

MONCLÚS, Marta (2017) “La reforma de la Ley de migraciones mediante Decreto de Necesidad y Urgencia: un retroceso en la política de derechos humanos”, *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, nro. 18, p. 1-14.

MONCLUS, Marta; BRANDARIZ GARCÍA, José (2014) *Políticas y prácticas de control migratorio. Estudio comparativo del control de los migrantes en los contextos latinoamericano y europeo*, Buenos Aires: Didot.

MORALES, Diego (2012) “Derechos humanos de los migrantes en Argentina: Apuntes sobre nuevas perspectivas jurisprudenciales”, *Revista de Derecho Público*, nro. 2, p. 345-358.

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. Disponible en: <https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/Estudios/2017.3.%20La%20potestad%20de%20dispensa%20como%20facultad%20discrecional%20%E2%80%93exclusiva%E2%80%93de%20la%20Direcci%C3%B3n%20Nacional%20de%20Migraciones.pdf>.

SAN JUAN, César (2004) “Control migratorio y derechos humanos”, *Revista Argentina de Derechos Humanos*, nro. 1, p. 267-324.

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

ROCA, Santiago (2018) “El derecho de acceso a la justicia y la garantía del debido proceso de las personas migrantes en Argentina”, *Estudios sobre Jurisprudencia*, Ministerio Público de la Defensa. Recuperado de: <https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/Estudios/2018.01.%20El%20derecho%20de%20acceso%20a%20la%20justicia%20y%20la%20garant%C3%ADa%20del%20debido%20proceso%20de%20las%20personas%20migrantes%20en%20Argentina.pdf>

ZOLBERG, Aristide (1989) “The next waves: migration theory for a changing world”, *International Migration Review*, vol. 23 nro. 3, p. 403-429.

Listado de casos mencionados

ALESPEITI, Felipe Jorge s/ incidente de recurso extraordinario. Incidente nro. 1. Sentencia del 18 de abril de 2017.

AMANCIO MARCOLINO NAZARE s/SU PRESENTACION. Resolución del 11 de abril de 2006.

ALVA LAVADO, Michael Diego c. EN-DNM. resol. 1859/10 (expte. 2058815/06) s/ recurso directo para juzgados. Sentencia del 7 de octubre de 2014.

APAZA, León Pedro Roberto c/ EN-DNM Disp 2560/11 (Exp. 39845/09) s/ recurso directo para juzgados. Sentencia del 8 de mayo de 2018.

CAI WENHUANG, YANG GUOQIANG Y YANG AIQIONG s/HABEAS CORPUS. Sentencia del 15 de abril de 2004.

CESPEDES CRUZ RAQUEL c/ EN-M° INTERIOR-RESOL 715/11-DNM (EXPTE 808848/08) s/recurso directo para juzgados. Recurso de queja nro. 1. Sentencia del 27 de diciembre de 2017.

CHEN, Ren Li s/habeas corpus por el Dr. Hector Miguel Durante. CSJN. Sentencia del 9 de abril de 2013.

CHIESA MIRTHA EDY c/ DIRECCION NACIONAL DE INMIGRACIONES s/RECURSO DE APEL. ART.54 LEY 22439. Sentencia del 25 de agosto de 2009.

DIRECCION NACIONAL DE MIGRACIONES s/S/APELACION GABRIEL LOPEZ. Sentencia del 22 de marzo de 2005.

EN-DNM-Disp. 84356709 (Expte. 810145/08) y otro c. Bernal Rigoberto s/ recurso directo DNM. Sentencia del 29 de abril de 2015.

FIGUEROA AWILDA, Yanoa c/ EN-Ministerio del Interior-DNM resol. 78/11 (expte 801228/05) s/ recurso directo DNM. Sentencia del 7 de octubre de 2014.

FLECHA GONZALEZ, CONCEPCION c/ MISIONES, PROVINCIA DE Y OTRO (ESTADO NACIONAL) s/daños y perjuicios. Sentencia del 18 de julio de 2006.

GARCIA PABLO Y OTRO c/ PODER EJECUTIVO NACIONAL - MINISTERIO DEL INTERIOR - DIRECCION NACIONAL DE MIGRACIONES s/daños y perjuicios.

Sentencia del 27 de septiembre de 2011.

GRANADOS POMA, Héctor en -DNM- resol.104.574/09 (expte. 2.293.077/07) s/ amparo ley 16.986. Sentencia del 28 de agosto de 2012.

HANG Shuling; Yang Xinguoang; Zheng Zhixiong y Zhou Zhenhua s/hábeas corpus. Sentencia del 11 de febrero de 2014.

MARTÍNEZ, César Antonio c/ Dirección Nacional de Migraciones y otro s/ contencioso administrativo. Sentencia del 17 de septiembre de 2013.

MASEDA LOPEZ JOSE LUIS s/HABEAS CORPUS EN FAVOR DE DONG CUN FENG. Sentencia del 26 de septiembre de 2006.

MELO, Eda Beatriz c. EN-M. del Interior-Resol. 1236/11-DNM s/ recurso directo para juzgados. Sentencia del 11 de noviembre de 2014.

NI LIN CHIN - YUEH s/S.C. CIUDADANIA. Sentencia del 23 de junio de 2009.

NI CHUAN-MING s/CARTA DE CIUDADANIA. Sentencia del 23 de junio de 2009.

NI PEI-YA s/CARTA DE CIUDADANIA. Sentencia del 23 de junio de 2009.

NI I-HSING s/S.C.CIUDADANIA. Sentencia del 23 de junio de 2009.

OJEDA HERNÁNDEZ, Luis Alberto s/causa nº 2739/12. Sentencia del 10 de julio de 2014.

RODRIGUEZ MENENDEZ JOSE EMILIO s/S.ASILO POLITICO. Sentencia del 11 de agosto de 2009.

SINGH GAGANDEEP s/PROTECCION Y GUARDA DE PERSONA. Sentencia del 24 de noviembre de 2009.

SHAKHTARINA, Lilia - inc. medo (19-VII-11) c. EM-DNM - disp. 564/11 s/ recurso directo para juzgados del 8/11/11. Sentencia del 17 de septiembre de 2013.

URIARTE CUBAS, Ygnacio de Loyola s/ recurso directo para juzgados. Recurso Queja nro. 1. Sentencia del 11 de noviembre de 2014.

VEGA CARRIÓN, Arturo Antenor c/ ENM.M Interior.RL 942/11.DNM-Disp. 97722/09

(ex 2218741) s/recurso directo para juzgados. Sentencia del 29 de abril de 2015.

VELÁZQUEZ FLORES, Ruben Darío c/ EN.M Interior-DNM s/recurso directo DNM. Sentencia del 27 de noviembre de 2018.

ZHANG HANG c/ ESTADO NACIONAL - MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES Y CULTO s/AMPARO. Sentencia del 23 de octubre de 2007.

ZHANG PEILI c/Dirección Nacional de Migraciones s/ amparo 16.986. Sentencia del 30 de octubre de 2018.

ZHENG, LAIYUAN c/ DIRECCION NACIONAL DE MIGRACIONES s/RECURSO DIRECTO A JUZGADO. Recurso de Queja nro. 1. Sentencia del 26 de diciembre de 2017.