

El derecho a migrar como un derecho humano: La actual ley inmigratoria argentina⁽¹⁾

por **BARBARA HINES**⁽²⁾

I | Introducción

La ley 25.871 de política migratoria argentina sancionada en enero de 2004 representa un gran paso adelante en los derechos de los inmigrantes, no solo para Argentina, sino a nivel mundial. La mencionada ley derogó a la anterior ley 22.439 (Ley general de migraciones) conocida como “Ley Vide-

.....

(1) Este artículo fue publicado por primera vez en *Cornell International Law Journal*, 43 *Cornell Int'l L.J.* 471 (Otoño 2010) y se reedita con su permiso. El objetivo del artículo fue educar a la comunidad académica y organizaciones de derechos migratorios de los Estados Unidos sobre la amplitud de la ley migratoria argentina y la novedosa inclusión de normativa de derechos humanos en la misma. Desafortunadamente, muchos, si no todos los académicos, abogados y activistas en los Estados Unidos desconocen la ley 25.871 y su enorme contraste con la ley norteamericana y la legislación anti-inmigrante recientemente aprobada por las legislaturas de diversos Estados. El que sigue es una versión abreviada del artículo original y está dedicado a Gabriel Chausovsky, pionero en el campo del derecho migratorio argentino y un mentor para muchos. La traducción fue realizada por Martín Zuleta para esta publicación.

(2) La autora es docente de práctica en derecho y codirectora de la clínica jurídica de inmigración en la Universidad de Texas en Austin School of Law. La autora pasó seis meses en 1996 en Argentina con una beca Fullbright en el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), trabajando en cuestiones inmigratorias. Desde entonces ha mantenido colaboración con el CELS y la Comisión Argentina de Refugiados (CAREF), incluyendo la apertura de la primera clínica jurídica de inmigración de Argentina, auspiciada por el CELS, la CAREF y la Universidad de Buenos Aires.

la”, que fue sancionada en 1981 durante la dictadura argentina y mantuvo su vigencia durante 20 años tras la restauración democrática.

La nueva ley establece que la migración es un derecho humano –principio que no se encuentra en las leyes migratorias de ningún otro gran país receptor de migraciones⁽³⁾, ni explícitamente mencionado en ninguna convención de derechos humanos⁽⁴⁾. La ley 25.871 extiende la protección de derechos constitucionales y humanos a todos los inmigrantes dentro del país, más allá de su estatus legal, y garantiza a los inmigrantes el derecho de igualdad de trato, no discriminación y acceso a servicios médicos, educativos y sociales⁽⁵⁾.

La ley argentina sirve de modelo por la incorporación de un marco de derechos humanos en la implementación de una reforma inmigratoria. La apertura de la nueva ley contrasta con las leyes inmigratorias restrictivas de otros países, especialmente las norteamericanas. Un análisis de la ley argentina otorga un marco comparativo para analizar críticamente el derecho y las políticas inmigratorias norteamericanas y propugnar por un sistema más equitativo en los Estados Unidos.

(3) “Fong Yue Ting v. United States”, 149 U.S. 698, 707 (1893) (“El derecho de un estado a expulsar o deportar extranjeros (...) se sustenta en los mismos principios, es tan absoluto e ilimitado como el derecho a prohibir o evitar su ingreso al territorio”); ver en general *European Comm’n, Towards a Common European Union Immigration Policy* (septiembre 2007), http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/immigration/fsj_immigration_intro_en.htm (que describe la política de la UE de la inmigración ilegal, el asilo, los controles migratorios y fronterizos en el programa Tampere); ver también *Migration Act, 1958*, § 4(1)–(2) (Austl.) (que sostiene “El parlamento quiere que esta ley sea la única fuente de derechos para los no ciudadanos de ingresar y permanecer”); *Immigration and Refugee Protection Act, 2001 S.C.*, ch. 27 (Can.); *Immigration Act, 1987*, parte 1 (N.Z.) (señalando los requisitos para exenciones, visas y permisos); *Immigration Control and Refugee Recognition Act, Cabinet Order 319* de 1951, art.1, (Japón) (que manifiesta que el objetivo de la ley es lograr el control sobre la entrada y salida de Japón).

(4) Ver “Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares”, Res. AG. 45/158 ONU, sesión 45, Supl. N° 49 A, Doc. ONU A/45/49 (1990), “Convención Europea de Derechos Humanos” y “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”, art. 12, 16/12/1966 S. Exec. Doc E, 95-2 (1978), 999 U.N.T.S. 171; “Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales”, Protocolo 4, art. 2, 4/11/1950, T.S. Europ. N° 5. La “Convención Americana sobre Derechos Humanos” reconoce no solo estos derechos sino también el de buscar asilo en un tercer país. Organización de Estados Americanos, “Convención Americana sobre Derechos Humanos”, pt. 1, cap. 2, art. 22, 22/11/1969.

(5) Ley 25.871, art. 6.

En el presente artículo comenzaré por discutir las tendencias históricas en la inmigración argentina, el marco constitucional y la legislación previa. En segundo lugar, subrayaré los apoyos que influyeron en el proceso de sanción de la ley 25.871. En tercer lugar analizaré las principales características del nuevo sistema, así como su aplicación a casos concretos. Finalmente, a lo largo de todo el artículo, destacaré las características del derecho inmigratorio norteamericano que contrastan más notablemente con la generosidad de las reglas del derecho argentino. Dicha comparación servirá para criticar la normativa excesivamente restrictiva de los Estados Unidos y para demostrar los beneficios del modelo de derechos humanos que adopta Argentina.

2 | Antecedentes históricos y marco constitucional de la ley inmigratoria Argentina

2.1 | Antecedentes históricos

Desde su independencia, Argentina ha sido un país receptor de inmigrantes. En 1852 Juan Bautista Alberdi acuñó la conocida frase “gobernar es poblar”, que dio forma a las políticas inmigratorias argentinas⁽⁶⁾. Sucesivos gobiernos en el siglo XIX y principios del XX estimularon la inmigración como medio de desarrollo de vastas zonas despobladas del país y de fortalecimiento de la producción agropecuaria. En consecuencia, la inmigración constituye una parte fundamental del tejido de la sociedad argentina.

Los datos sobre inmigración irregular en Argentina son escasos, ya que el gobierno no mantiene estadísticas precisas y pocos investigadores analizan este tema específico. Sin embargo, expertos y funcionarios gubernamentales concuerdan en que la derogada “Ley Videla” generó un aumento en la población indocumentada. La ley otorgaba muy pocos

(6) JUAN BAUTISTA ALBERDI, *Bases y puntos de partida para la organización política de la Republica Argentina*; ver también Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), 23/06/09, “Ni, I-Hsing s/ Carta de ciudadanía (recurso extraordinario)”.

caminos para la inmigración legal, especialmente aquella proveniente de países limítrofes, y delegaba en funcionarios del área potestades discrecionales casi ilimitadas para denegar, demorar o impedir solicitudes de legalización. El gobierno democrático ha declarado, por lo expuesto, que la “Ley Videla” había creado una “fábrica de inmigrantes irregulares” que eran marginados precisamente por la imposibilidad para legalizar su situación, para obtener empleo legal y para acceder a beneficios sociales⁽⁷⁾.

2.2 | Marco constitucional

Ya que las políticas de inmigración y población fueron fundamentales en la formación y desarrollo de la Nación Argentina, la Constitución prevé garantías generosas para los nacidos en el extranjero. El art. 25, incluido en la Constitución de 1853 y re-adoptado en la de 1994, dice que “*El Gobierno federal fomentará la inmigración europea*”. Algunos académicos interpretan dicha norma como expresión de una mera preferencia, más que un requerimiento. Dicha interpretación encuentra fundamento en la segunda cláusula del mencionado art. 25, que afirma ampliamente que el gobierno no podrá restringir la entrada en el territorio argentino de los extranjeros que ingresen con el fin de emprender actividades beneficiosas que la Constitución enumera. Ciertamente, muchos inmigrantes en la Argentina actual no son europeos⁽⁸⁾.

El preámbulo de la Constitución de 1853 y 1994 extiende los derechos de libertad, bienestar general y justicia para “*todos los hombres del mundo que quieran habitar en el suelo argentino*”⁽⁹⁾. Normas constitucionales específicas otorgan igualdad de derechos a todos los extranjeros. Los “habitantes”, término que los tribunales han entendido como abarcativo de todos los extranjeros, incluidos los irregulares, gozan de amplios derechos civiles, tales como el derecho a ejercer su profesión, a comerciar, a la libertad de expresión y religión, y el de entrar y salir libremente del territorio

(7) GABRIEL CHAUSOVSKY, *Análisis de la Jurisprudencia a Partir de la Nueva Ley de Migraciones*, Seminario Permanente de Migraciones, Instituto Gino Germani, Buenos Aires (julio 2008).

(8) OFELIA I. STAHRINGER DE CRAMUTI, *La Política Migratoria Argentina* (Depalma 1975).

(9) Constitución de la Nación Argentina, Preámbulo (1994).

argentino⁽¹⁰⁾. El art. 20 CN reitera que los extranjeros gozan de los mismos derechos civiles que los ciudadanos; pueden ejercer su industria, comercio y profesión; poseer bienes raíces, comprarlos y enajenarlos; navegar los ríos y costas; ejercer libremente su culto; testar y casarse; y naturalizarse tras dos años de residencia en el país.

Basándose en dichos principios, los tribunales históricamente han declarado la inconstitucionalidad de leyes que discriminaban a los residentes extranjeros. Por ejemplo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante, CSJN o la Corte Suprema) ha invocado los arts. 14 y 20 CN para evitar la deportación de extranjeros⁽¹¹⁾ y ha invalidado leyes que requerían ciudadanía argentina para acceder a empleos públicos y privados⁽¹²⁾. La CSJN ha adoptado recientemente un “*test de escrutinio estricto*” para evaluar las leyes que discriminan a los no ciudadanos, caracterizando como discriminatorias categorías como “origen nacional” y aplicando en tales casos la presunción de inconstitucionalidad. De acuerdo con este criterio, la Corte Suprema ha resuelto en contra de leyes que requieren períodos de residencia extensos para acceder a subsidios estatales por discapacidad; y ciudadanía argentina para acceder a cargos judiciales⁽¹³⁾.

La amplitud de estas garantías constitucionales se torna aun más evidente cuando se las compara con las limitadas garantías otorgadas a los no ciudadanos bajo la normativa constitucional norteamericana. Si bien tanto Argentina como Estados Unidos son países cuya historia está imbricada con la inmigración a gran escala, las constituciones de ambos países se aproxima-

.....

(10) Constitución de la Nación Argentina, art. 14 (1994). La Constitución de 1853 contenía la misma disposición. Corte Suprema de Justicia (CSJN), 1928, “*Maciá y Gassol*”, Fallos 1928-151-211; CSJN, 23/3/1956, “*Sosa, Lino*”, Fallos 1956-234-203; CSJN, “*Ni, I-Hsing s/ Carta de ciudadanía (recurso extraordinario)*”, *vid. supra*.

(11) Ver *vgr.* CSJN, 1928 “*Maciá y Gassol*” Fallos (1928-151-211); CSJN 23/3/1956 “*Sosa, Lino*” Fallos (1956-234-203); CSJN, 28/9/1979, “*Carrizo Coito, Sergio*” Fallos (1980-302-604).

(12) CSJN, 8/11/1988, “*Repetto c/ Provincia de Buenos Aires*” Fallos (1988-311-2272) (docente de escuela privada); CSJN, 24/2/1998, “*Calvo y Pesini, Rocío c/ Córdoba Provincia s/ amparo*” Fallos (1998-321-194) (empleada de hospital público).

(13) CSJN, 16/11/2004, “*Hooft, Pedro C.F. vs. Provincia de Buenos Aires/acción declarativa de inconstitucionalidad*”, Jurisprudencia Argentina (JA) (2005-IV-516); CSJN, 8/8/2006, “*Gottschau, Evelyn Patrizia c/ Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/ amparo*”, JA (2006-IV-596); CSJN, 4/9/2007, “*Reyes Aguilera, Daniela v. Estado Nacional*” S.J.A. 7/11/2007.

man de modo marcadamente diverso a los derechos de los inmigrantes. A la inversa que Argentina, los Estados Unidos jamás han adoptado políticas que favorezcan la inmigración extendida y, por ello, la Constitución Norteamericana no promueve la inmigración ni otorga igualdad de derechos a los nacidos en el extranjero. La Corte Suprema de los Estados Unidos ha sostenido en repetidas ocasiones que el gobierno ejerce competencia plena en materia de derecho migratorio. Ha declarado que “sobre ningún tema concebible es más completo el poder legislativo del Congreso”, y que la capacidad del gobierno federal para deportar a un extranjero es “absoluta y sin restricciones”⁽¹⁴⁾. Ya que “el Congreso habitualmente sanciona normas que serían inaceptables si se aplicaran a ciudadanos”, la jurisprudencia norteamericana permite la restricción de derechos básicos de los inmigrantes⁽¹⁵⁾.

Consecuentemente, la distinción entre ciudadanos y no ciudadanos no constituye “discriminación injusta” en el marco legal norteamericano. Lejos de considerar a los inmigrantes como una categoría sospechosa, las leyes que discriminan a los no ciudadanos son válidas a menos que sean completamente irrazonables. Más aun, la protección contra discriminación por origen nacional no se extiende necesariamente a la discriminación por extranjería⁽¹⁶⁾. De acuerdo con este principio, los tribunales han fallado que muchas leyes restrictivas de derechos que afectan a no ciudadanos son constitucionales. Por ejemplo, la Corte Suprema de los Estados Unidos ha convalidado leyes que impiden a los residentes permanentes legales el acceso al empleo público como agentes de policía o maestros, o a los beneficios sociales⁽¹⁷⁾. Leyes inmigratorias que tratan a hombres y mujeres de modo diferente también han pasado el tamiz constitucional⁽¹⁸⁾. Finalmente, la Corte Suprema ha dado su visto bueno a

(14) “Fong Yue Ting v. U.S.”, 149 U.S. 698, 707 (1893); “Mathews v. Diaz”, 426 U.S. 67, 79–80 (1976).

(15) “Reno v. Flores”, 507 U.S. 292, 305–306 (1993); “Demore v. Kim”, 538 U.S. 510, 521–523 (2003).

(16) “Espinoza v. Farah Mfg. Co.”, 414 U.S. 86, 95 (1973)

(17) “Díaz”, 426 U.S. at 79–80, “Ambach v. Norwick”, 441 U.S. 68, 74, 80–81 (1979); “Foley v. Connelie”, 435 U.S. 291, 299–300 (1978)

(18) “Tuan Anh Nguyen v. I.N.S.”, 533 U.S. 53, 70 (2001); “Fiallo v. Bell”, 430 U.S. 787, 798–99 (1977)

leyes que permiten a las autoridades detener y expulsar inmigrantes, incluso residentes de larga permanencia, con mínimas garantías de debido proceso⁽¹⁹⁾.

Las marcadas diferencias entre ambos sistemas constitucionales explican, en parte, por qué Argentina ha alcanzado una reforma migratoria amplia. Como un tribunal argentino la describió: *“la nueva legislación referida al orden migratorio ha tomado un giro tendiente a lograr una mayor protección de los derechos de las personas migrantes, propendiendo a su integración a la sociedad (...) reglamentando de modo concreto los principios, declaraciones y derechos constitucionales que a su respecto rigen en nuestro país...”*⁽²⁰⁾. De modo opuesto, en Estados Unidos, aquellos que instan una reforma inmigratoria e igualdad de trato para los inmigrantes no pueden apoyarse en normas constitucionales y, en vez, deben recurrir al Congreso y a la opinión pública para proteger y ampliar los derechos de los inmigrantes, lo que agiganta la tarea.

2.3 | Legislación migratoria previa⁽²¹⁾.

2.3.1 | La “Ley Avellaneda” y la “Ley de Residencia”

En 1876 el gobierno argentino promulgó su primera ley inmigratoria, la ley 817 de inmigración y colonización, popularmente conocida como “Ley Avellaneda”, que incorporaba las garantías constitucionales para extranjeros. Sin embargo, y como reacción al incremento en los movimientos anarquistas y sindicales en Argentina, en 1902 el gobierno promulgó la ley 4144, conocida como “Ley de Residencia”, que limitaba la inmigración y discriminaba a los nacidos en el extranjero de acuerdo a su actividad política. La “Ley de Residencia” autorizaba al Poder Ejecutivo

(19) *Demore v. Kim*, 538 U.S. 510, 531 (2003). Ver, en general, Stephen Legomsky, *The New Path of Immigration Law: Asymmetric Incorporation of Criminal Justice Norms*, 64 WASH. & LEE L. REV. 469 (2007)

(20) Tribunal Oral en lo Criminal Federal Nro. 1 de Córdoba, 04/04/2007, “*Jalil, Gabriel E. y Otros*”, La Ley (LL) (2007-D-84)

(21) Ver BARBARA HINES, *An Overview of Argentine Immigration Law*, 9 IND. INTL. & COMP. L. REV. 395, 397 (1999)

a expulsar o prohibir la entrada de extranjeros cuya conducta comprometiera la seguridad nacional o el orden público⁽²²⁾. En el fallo fundacional "*Transporte Chaco*", que trataba la deportación de anarquistas y sindicalistas, la Corte Suprema convalidó la "Ley de Residencia". La CSJN consideró que el Poder Ejecutivo podía expulsar extranjeros a pesar de los art. 14 y 25 de la Constitución Nacional porque la protección de dichas normas no se extendía a actividades que amenazaran el orden público⁽²³⁾.

2.3.2 | La "Ley Videla"

En 1981 la dictadura adoptó un régimen significativamente más restrictivo, la ley 22.439⁽²⁴⁾, conocida como "Ley Videla", que reemplazó la "Ley Avellaneda" y sus decretos reglamentarios⁽²⁵⁾. Los gobiernos democráticos subsiguientes mantuvieron la aplicación de la "Ley Videla" hasta la sanción de la ley 25.871, en 2004. Si bien los muchos defectos de la ley previa no son el eje de este artículo, una breve discusión de la ley 22.439 sirve para resaltar la importancia del reemplazo en la nueva ley de principios inmigratorios xenófobos y restrictivos por otros humanitarios e igualitarios.

La "Ley Videla" redujo la apertura de las políticas y leyes inmigratorias del pasado. Su propósito declarado era el de promover la inmigración de aquellas personas "*cuyas características culturales permitan su adecuada integración en la sociedad argentina*"⁽²⁶⁾. A pesar de la decisión en el fallo "*Transporte Chaco*", que establecía el derecho al debido proceso

(22) Ley 4.144, 23/11/1902. En el mismo período, EEUU promulgó leyes similares. Ver *Immigration Act* de 1918, completado por *Immigration Act* de 1920, disponiendo la exclusión de cualquiera que promocionara la destitución del gobierno por la fuerza, que se opusiera al gobierno organizado, o que fuera miembro de cualquier organización que lo postulara.

(23) Ver CSJN, 6/5/1932, "*Simón Scheimberg y Enrique Corona Martínez s/hábeas corpus en representación de treinta y tres extranjeros detenidos en el 'Transporte Chaco' de la Armada Nacional*" Fallos (1932-164-344)

(24) Ley 22.439, 23/03/1981 (derogada).

(25) Ver decreto 4805 de 1963, [1963] A.L.J.A. 66, ratificado por Ley 16.478, [1964] A.L.J.A. 52; ver también decreto 17294 de 1967, [1967-B] A.L.J.A. 1516.

(26) "Ley 22.439", art. 2.

en los procedimientos de expulsión, bajo la "Ley Videla" los inmigrantes podían ser deportados por ingreso ilegal, violación de los términos de estadía, conducta criminal y amenaza a la seguridad nacional o al orden público, sin siquiera un mínimo debido proceso⁽²⁷⁾. Un inmigrante no tenía derecho a recibir notificación ni revisión judicial de la decisión de la Dirección de Migraciones de negarle beneficios o de detenerlo o expulsarlo⁽²⁸⁾.

Por otra parte, la referida ley de facto preveía restricciones severas a los derechos de los inmigrantes indocumentados e impedía su integración en la sociedad argentina. Sólo residentes permanentes o temporarios podían acceder a la escuela secundaria⁽²⁹⁾. Los inmigrantes indocumentados no podían comprar o alquilar inmuebles, y un vendedor o locador que violara dicha prohibición podía ser multado. Ordenaba a los ciudadanos y funcionarios gubernamentales denunciar a los inmigrantes indocumentados que realizaran transacciones comerciales, intentaran casarse, o buscaran atención médica⁽³⁰⁾. También permitía a la Dirección de Migraciones realizar investigaciones por supuestas infracciones migratorias sin sospecha razonable, causa probable u orden judicial⁽³¹⁾. Igualdad de derechos, no discriminación o el derecho a migrar estaban llamativamente ausentes en la vieja legislación. La legislación de facto declaraba que la Constitución solo era operativa en tanto no entrara en conflicto con los objetivos de la Junta Militar, tornando imposible el reclamo por inconstitucionalidad de la ley⁽³²⁾.

.....

(27) "Ley 22.439", art. 3.

(28) GABRIEL CHAUSOVSKY, "El Estado y la Expulsión de Extranjeros", *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, Editada por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral, 1997.

(29) "Ley 22.439", art. 102

(30) "Ley 22.439" arts. 32, 35, 48, 103, 104, 105, 106.

(31) "Ley 22.439", art. 107.

(32) Ley 21.258, 24/03/1976, William C. Banks & Alejandro D. Carrió, *Presidential Systems in Stress: Emergency Powers in Argentina and the United States*, 15 Mich. J. Int'l L. 1, 30-31 (1993)

3 | La Nueva Ley Inmigratoria

3.1 | Circunstancias y apoyos que influyeron en la sanción de la nueva ley

Una multiplicidad de factores influyeron en la sanción de la nueva ley inmigratoria: la incorporación de normativa de derechos humanos en la Constitución de 1994; un enfoque de derechos humanos en el contexto discursivo de los derechos de los migrantes; una población inmigrante creciente sin forma de regularizar su situación; el desarrollo de una inquieta comunidad de defensa y apoyo a los derechos de los inmigrantes, y litigios denunciando la "Ley Videla" ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).

Las experiencias de un período de graves violaciones a los derechos humanos llevaron a la incorporación de tratados y estándares de derechos humanos en la Constitución de 1994. Específicamente, la Constitución le otorga jerarquía constitucional a tratados internacionales que Argentina había ratificado al momento de la reforma. Además, los tratados internacionales ratificados con posterioridad son jerárquicamente superiores a la ley local, e inferiores a la Constitución, y una votación de dos tercios del Congreso puede otorgarles jerarquía constitucional⁽³³⁾. Consecuentemente, Argentina ha redactado y sancionado su nueva ley inmigratoria desde un paradigma de derechos humanos.

A partir de los 90s, la creciente población inmigrante no europea tenía pocas perspectivas para legalizar su situación en Argentina. Ciertos sectores de la sociedad argentina, tal como sus contrapartes norteamericanas, reaccionaron al aumento de la población inmigrante con xenofobia. Funcionarios públicos, medios de comunicación y algunos sindicatos culpaban a los inmigrantes por el aumento en la delincuencia y el desempleo⁽³⁴⁾. Como reacción a ese sentimiento anti-inmigrante y a la marginación, inmigrantes de países limítrofes formaron organizaciones civiles para exigir la

(33) CONST. ARG. art. 75, inc. 22.

(34) Ver VIOLETA A. CORREA, "La Nueva Ley de Migraciones y la Participación de las Organizaciones de la Sociedad Civil", en *Migración: un Derecho Humano* (Prometeo 2004)

reforma de la legislación inmigratoria argentina y luego aunaron esfuerzos con la comunidad de derechos humanos para impulsar una nueva ley⁽³⁵⁾.

Por su parte, el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) comenzó a incluir en su trabajo en derechos humanos la temática migratoria. En su reporte anual de 1995, el CELS destacó la discriminación a los inmigrantes y la ilegalidad de la ley inmigratoria de la dictadura a la luz de la Constitución y el derecho internacional⁽³⁶⁾. En el mismo período, el CELS y la Comisión Argentina de Refugiados (CAREF) comenzaron a recibir cada vez más quejas de inmigrantes y organizaciones comunitarias en cuanto a la imposibilidad para los inmigrantes de obtener documentación y estatus legal; la falta de acceso al empleo, la educación y la atención de la salud; la obligación de los ciudadanos y las instituciones de denunciar a los indocumentados ante las autoridades; y la ausencia del debido proceso en los procedimientos inmigratorios⁽³⁷⁾. Así, en diciembre de 1996, el CELS y la Asociación por los Derechos Civiles presentaron un hábeas corpus por la detención y deportación de Juan Carlos de la Torre, un uruguayo que había vivido por muchos años en Argentina con su esposa argentina y sus hijos nacidos en Argentina, por considerar la medida violatoria de la Constitución y las normas internacionales de derechos humanos⁽³⁸⁾. Cuando la Corte Suprema rechazó la petición por abstracta, ya que de la Torre ya había sido deportado⁽³⁹⁾, el CELS se presentó ante la CIDH denunciando la ley inmigratoria y la deportación sumaria de de la Torre como violatorias de la Convención Americana de Derechos Humanos y otras normas de derechos humanos. El caso seguía pendiente de resolución en la Comisión al momento de la sanción de la ley 25.871. En 2003, como parte de las negociaciones con el CELS para la resolución del caso, el gobierno

(35) Ver VICTOR PICHE y DIEGO MORALES, *Immigration Policy in Argentina: Between Theory and Practice*, McGill: Hans & Tamar Oppenheimer Chair in Public International Law, Mar 8, 2010

(36) Ver, en general, ENRIQUE OTEIZA, SUSANA NOVICK y ROBERTO S. ARUJ, "Política Migratoria, Inmigración Real y Derechos Humanos en la Argentina", *Informe Anual Sobre la Situación de los Derechos Humanos en la Argentina* (Centro de Estudios Legales y Sociales 1996)

(37) Ver CORREA, *supra*.

(38) CSJN, 22/12/1998, "Recurso de hecho deducido por la defensa de De la Torre, Juan Carlos en la causa De la Torre, Juan Carlos s/ habeas corpus" Fallos (1998-321-3646)

(39) *Id.*, "De La Torre v. Argentina", caso 12.306, CIDH, La clínica jurídica sobre inmigración de la University of Texas School of Law presentó un *amicus curiae* ante la CIDH en el caso "De la Torre".

argentino declaró su voluntad de reformar la “Ley Videla” para ajustarla a los estándares de derechos humanos⁽⁴⁰⁾.

El hecho de que gobiernos elegidos democráticamente sostuvieran la vigencia de la llamada ley 22.439 (“Ley Videla”) sirvió como eje de amplias críticas y propuestas por parte de la comunidad de derechos humanos. A fin de canalizar estas preocupaciones, a fines de 1996 una red de organizaciones de derechos humanos y derechos de los inmigrantes formó la Mesa de Organizaciones en Defensa de los Derechos de los Inmigrantes con el objetivo de derogar la “Ley Videla”⁽⁴¹⁾. Los miembros originarios de la Mesa fueron la CAREF, el CELS, la Asamblea Permanente por los Derechos Humanos (APDH), el Movimiento EcuMénico por los Derechos Humanos, el Servicio de Paz y Justicia, la Fundación de la Comisión Católica de Migraciones, el Centro de Estudios Migratorios de América Latina, y el Departamento de Migraciones de la Confederación de Trabajadores Argentinos. Los esfuerzos de la Mesa jugaron un rol importante en el proceso que culminó en la sanción de la nueva ley. El grupo analizó los defectos de la ley previa a la luz de los estándares de derechos humanos, presentó un proyecto de ley nacional ante los diputados nacionales que integraban la Comisión de Población y Recursos Humanos de la Cámara de Diputados, testificaron en audiencias públicas y continuaron abogando por la nueva ley hasta obtener su sanción⁽⁴²⁾.

3.2 | La sanción de la nueva ley

Los grupos de defensa de los derechos humanos, las comunidades inmigrantes y los especialistas en derecho constitucional recibieron con entusiasmo la nueva ley cuyos principios fundamentales sostienen el derecho a migrar como un derecho humano y garantiza otros derechos humanos e igualdad básica. El senador Rubén Giustiniani, autor de la ley, declaró que la misma *“va en la dirección del progreso social, basado en la integración*

(40) Ver DIEGO MORALES y VERÓNICA ASUREY, *La Nueva Ley de Migraciones y Las Cuestiones de Derecho Penal y Procesal. Una Bienvenida Sin Sombrero*, 2004/A Nueva Doctrina Penal, 259, 263 (2004); Carta al Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos, Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos (27/09/2004).

(41) Ver SUSANA NOVICK, *Las Migraciones en América Latina* (Catálogos, Buenos Aires, 2008).

(42) Correa, *supra*.

y no en la exclusión, el multilateralismo en la región y no el unilateralismo, la tolerancia y no la xenofobia. La actual ley inmigratoria está basada en un nuevo enfoque que enriquece la democracia”⁽⁴³⁾. Eugenio Zaffaroni declaró que la sanción de la nueva ley “significa el restablecimiento de la compatibilidad de la ley con las directivas constitucionales”⁽⁴⁴⁾. El embajador argentino Leonardo Franco declaró ante las Naciones Unidas que “esta nueva ley refleja el compromiso de nuestro país de garantizar el respeto irrestricto a los derechos humanos de los migrantes y sus familias y, al mismo tiempo, establece mecanismos de fácil acceso para regular la migración, contribuyendo de ese modo a la eliminación de cualquier forma de discriminación, xenofobia o racismo”⁽⁴⁵⁾.

Semejante legislación es excepcional en un clima global en el que la preocupación por la seguridad nacional y las políticas excluyentes y restrictivas dominan el debate sobre la inmigración. Así como las organizaciones argentinas presionaron para obtener un régimen migratorio más abierto, los intentos para liberalizar la actual legislación inmigratoria en los Estados Unidos han fallado repetidamente. Una posible explicación es que las normas inmigratorias no forman parte de la Constitución norteamericana y, por ello, la misma no sirve de sustento a proyectos legislativos o reclamos judiciales. Adicionalmente, la política inmigratoria norteamericana es un tema altamente politizado y divisivo, lo que dificulta la posibilidad de alcanzar un consenso. No obstante la superioridad numérica, organizativa y financiera de los grupos de presión norteamericanos con respecto a sus contrapartes argentinas, los grupos anti-inmigrantes en Estados Unidos son igualmente numerosos, bien financiados y bien organizados en sus esfuerzos por evitar una reforma migratoria. En contraste, Argentina no tiene movimientos anti-inmigrantes organizados ni la política inmigratoria es un tema importante para el electorado, factores que facilitaron la sanción de la ley liberal.

(43) RUBÉN GIUSTINIANI, “Fundamentos de la Ley”, en *Migración: un Derecho Humano*, 14-15 (Prometeo 2004)

(44) EUGENIO R. ZAFFARONI, “Migración y Discriminación: La Nueva Ley en Perspectiva Histórica”, en *Migración: un Derecho Humano*, 45 (Prometeo, 2004).

(45) *Statement to the U.N. General Assembly on Argentina, High-Level Dialogue on International Migration and Development* (15/09/2006).

Por ello, en lugar de liberalizar su normativa inmigratoria, los Estados Unidos han sancionado una serie de leyes cada vez más restrictivas. Tanto la "Reforma sobre Inmigración Ilegal" (*Illegal Immigration Reform*) y la "Ley de Responsabilidad del Inmigrante" (*Immigrant Responsibility Act*) de 1996, como la "Ley Patriótica" (*USA PATRIOT Act*) de 2001 limitan seriamente los derechos de los inmigrantes y determinan la deportación y la no admisión en base a definiciones demasiado amplias de conducta criminal y de terrorismo⁽⁴⁶⁾. Adicionalmente, la "Ley del Cerco Seguro" (*Secure Fence Act*) de 2006 autorizó la construcción de una pared a lo largo de la frontera sur de Estados Unidos con un costo estimado de entre dos y cuatro millones de dólares por milla⁽⁴⁷⁾.

Si bien una reforma inmigratoria que se enfoca en un programa de legalización para los aproximadamente once millones de inmigrantes indocumentados en Estados Unidos ha sido presentada al Congreso todos los años desde 2005, nunca ha sido sancionada. Además, todos los proyectos de ley incluyen mayor estrictez y seguridad fronterizas como una contraparte de la reforma⁽⁴⁸⁾. En diciembre de 2005 la Cámara de Representantes otorgó media sanción al proyecto H.B. 4437 que por primera vez criminalizaba la situación de los inmigrantes indocumentados en Estados Unidos y ampliaba la definición de tráfico de inmigrantes para incluir cualquier ayuda otorgada a un inmigrante indocumentado. Al mismo tiempo, la ley no otorgaba ningún camino para la regularización de la población indocumentada⁽⁴⁹⁾. En reacción al proyecto H.B. 4437, en la primavera de 2006 cientos de miles de inmigrantes y activistas en Estados Unidos tomaron las calles para protestar contra el proyecto y para exigir una reforma inmigra-

(46) *Illegal Immigration Reform and Immigrant Responsibility Act of 1996*, Pub. L. No. 104-208 (1996); *Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism (USA PATRIOT) Act of 2001*, Pub. L. No. 107-56 (2001).

(47) *Secure Fence Act* de 2006, Pub.L. 109-367, § 2, (2006); Blas Nuñez-Neto y Yule Kim, *Congressional Research Service Report for Congress No. RL33659, Border Security: Barriers Along the U.S. International Border 27-28* (13/05/2008)

(48) Ver, *vgr. Secure America and Orderly Immigration Act* de 2005, S. 1033, 109th Cong. (2005) y H.R. 2330, 109th Cong. (2005); *Comprehensive Immigration Reform Act* de 2006, S. 2611, 109th Cong. (2006); *Secure Borders, Economic Opportunity and Immigration Reform Act* de 2007, S. 1348, 110th Cong. (2007)

(49) *Border Protection, Antiterrorism and Illegal Immigration Control Act* de 2005, H.R. 4437, 109th Cong. (2005)

toria⁽⁵⁰⁾. Si bien el proyecto de ley no fue aprobado en el Senado, desde entonces todo intento de reforma integral ha fallado. Aunque el Presidente Barack Obama apoyó una reforma inmigratoria durante su campaña presidencial, incluso proyectos de ley acotados, como el que otorgaba estatus legal permanente a los estudiantes universitarios que hubieran ingresado a los Estados Unidos a una edad temprana (*Dream Act*) han sido bloqueados en el Congreso.

Con las ampliadas causas de deportación y el aumento en los esfuerzos de aplicación gubernamentales, en 2011 fueron deportados 396.906 inmigrantes en los Estados Unidos⁽⁵¹⁾. Diversos Estados han sancionado leyes anti-inmigrantes excepcionalmente punitivas que solo han sido limitadas parcialmente por un fallo reciente de la Corte Suprema sobre la ley inmigratoria estadual de Arizona⁽⁵²⁾. El Partido Republicano continúa sosteniendo una plataforma violentamente anti-inmigrante. Por todo ello, y en contraste con las políticas norteamericanas, la ley inmigratoria argentina es un cambio bienvenido, que si bien refleja una realidad diferente, muestra un acercamiento marcadamente distinto a la cuestión migratoria.

3.3 | Disposiciones de la nueva ley

3.3.1 | Principios Generales

La disposición más novedosa e innovadora de la ley es el reconocimiento del derecho fundamental a migrar. El lenguaje concreto es poderoso: *“El derecho a la migración es esencial e inalienable de la persona y la República Argentina lo garantiza sobre la base de los principios de igualdad y universalidad”*⁽⁵³⁾. El principio general de igualdad atraviesa las disposiciones sobre admisión, residencia y deportación. En realidad, si bien la ley no

(50) *Online Newshour, Demonstrators March Nation Wide Protesting HR-4437*, PBS, 10/04/2006, *Immigration Issue Draws Thousands Into Streets*, MSNBC, 25/03/2006

(51) <http://www.ice.gov/removal-statistics>

(52) *“Arizona v. United States”*, S.Ct.(2012), 2012 WL 2368661

(53) Ley 25.871, art. 4; ver Pablo Ceriani Cernadas, *Nueva Ley: un Paso Hacia una Concepción Distinta de la Migración*, en *Migración: un Derecho Humano* at 113 (2004)

prevé fronteras abiertas, no deja de reflejar una orientación filosófica y de derechos humanos.

De hecho, la ley 25.871 cubre un espectro más amplio que la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, el más importante de los tratados internacionales de derechos humanos de los migrantes, del cual Argentina es signataria⁽⁵⁴⁾. Si bien la Convención reconoce el fenómeno internacional de la migración, no encuadra el derecho a migrar como un derecho humano. El preámbulo de la Convención destaca *“la importancia y la magnitud del fenómeno de las migraciones, que abarca a millones de personas y afecta a un gran número de Estados de la comunidad internacional”* pero deja claro que la Convención no limita la competencia de un Estado para establecer los estándares de admisión de inmigrantes. Aunque la Convención ordena que los derechos humanos básicos garantizados por otros tratados deben hacerse extensivos a todos los migrantes, hace diferencias entre las garantías específicas otorgadas a los inmigrantes legales y a los irregulares que residan en un país signatario⁽⁵⁵⁾. El hecho de que solo cuarenta y un países, y ningún gran país receptor de inmigrantes hayan suscrito la Convención subraya la naturaleza progresista de la ley argentina.

Los principios generales del art. 3 de la ley demuestran su fundamental enfoque pro-inmigración. Los objetivos de la ley son: desarrollar políticas de inmigración y estrategias para cumplir las obligaciones internacionales relativas a derechos humanos y la integración y movilidad de los inmigrantes; contribuir al logro de las políticas demográficas que establezca el gobierno con respecto a la magnitud, tasa de crecimiento y distribución geográfica de la población del país; contribuir al enriquecimiento y fortalecimiento del tejido cultural y social del país; garantizar el ejercicio del derecho a la reunificación familiar; promover la integración en la sociedad argentina de los residentes permanentes; asegurar a toda persona que solicite ser admitida en la República Argentina de manera permanente o temporaria, el goce de criterios y procedimientos de admisión no dis-

(54) Argentina ratificó la Convención el 23 de febrero de 2007; U.N. Doc. A/RES/45/158 (18/09/1990).

(55) Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, Res. A. Gral. 45/158, U.N. Doc. A/RES/45/158 (18/09/1990).

criminatorios en términos de los derechos y garantías establecidos por la Constitución Nacional, los tratados internacionales, los convenios bilaterales vigentes y las leyes; promover y difundir las obligaciones, derechos y garantías de los migrantes, conforme a lo establecido en la Constitución Nacional, los compromisos internacionales y las leyes, manteniendo en alto su tradición humanitaria y abierta con relación a los migrantes y sus familias; promover la inserción e integración laboral de los inmigrantes que residan en forma legal para el mejor aprovechamiento de sus capacidades personales y laborales a fin de contribuir al desarrollo económico y social de país, y facilitar la entrada de visitantes a la República Argentina⁽⁵⁶⁾.

Solo dos de los principios generales se refieren a la seguridad y criminalidad: promover el orden internacional y la justicia, denegando el ingreso y/o la permanencia en el territorio argentino a personas involucradas en actos reprimidos penalmente por nuestra legislación; y promover el intercambio de información en el ámbito internacional, y la asistencia técnica y capacitación de los recursos humanos, para prevenir y combatir eficazmente a la delincuencia organizada transnacional⁽⁵⁷⁾. Notablemente, la nueva ley inmigratoria se diferencia del modelo preexistente de promoción de la inmigración europea y, en cambio, hace énfasis en la integración e inmigración regional⁽⁵⁸⁾.

3.3.2 | Igualdad de trato y no discriminación

Más allá de su enfoque de derechos humanos, incluyendo el derecho a migrar, la nueva ley amplía los estándares de no discriminación e igualdad de trato a todos los inmigrantes. El término "inmigrante" está definido ampliamente como todo aquel extranjero que desee ingresar, transitar, residir o establecerse definitiva, temporaria o transitoriamente en el país⁽⁵⁹⁾. Encomiablemente, la ley utiliza el término "irregular" para describir la situación de los no ciudadanos, en lugar de los más enardecedores y peyorativos "ilegal" e "ilegalidad" utilizados por la "Ley Videla" o "extranjero

(56) Ley 25.871, art. 3 incs. a-i

(57) Íd. art. 3 incs. j-k

(58) Ver GIUSTINIANI, *supra* pg. 19-24 y 36-42.

(59) Ley 25.871, art. 2

ilegal” y “delincuente” utilizados por los grupos anti-inmigrantes en los Estados Unidos para marginar y criminalizar a los inmigrantes⁽⁶⁰⁾.

Por otra parte, la ley asegura a los inmigrantes y sus familias el acceso en las mismas condiciones de protección, amparo y derechos de los que gozan los nacionales, en particular lo referido a servicios sociales, bienes públicos, salud, educación, justicia, trabajo, empleo y seguridad social. A más, la ley aclara que la condición de inmigrante irregular no puede constituir razón para denegar el acceso al sistema de salud, o a la educación pública o privada de cualquier nivel. Las dos disposiciones mencionadas imponen una obligación a las autoridades educativas y del sistema de salud de orientar y asistir a los no ciudadanos en la subsanación de su situación irregular⁽⁶¹⁾.

La ley define discriminación como actos u omisiones determinados por motivos tales como etnia, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, género, posición económica o caracteres físicos, que arbitrariamente impidan, obstruyan, restrinjan o de algún modo menoscaben el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, los Tratados Internacionales y las leyes⁽⁶²⁾. Esta disposición asegura que la condición de inmigrante no puede ser utilizada como pretexto para discriminación alguna. Finalmente, el gobierno debe cumplir con todos los tratados internacionales ratificados que garanticen derechos migratorios⁽⁶³⁾.

Si bien en lo referido a no discriminación e igualdad de trato la ley pretende ser universalmente aplicable, el art. 5° contradictoriamente ordena: *“El Estado asegurará (...) una efectiva igualdad de trato (...) siempre que satisfagan (los extranjeros) las condiciones establecidas para su ingreso y*

(60) Comparar Gabriel Chausovsky, *Análisis de la Jurisprudencia a Partir de la Nueva Ley de Migraciones*, Seminario Permanente de Migraciones, Instituto Gino Germani, Buenos Aires (Julio 2008) y Cámara Federal de Apelaciones de Paraná (CFed), 10/12/2004, “Ali Yun, Lingyan Zheng y Yu Junyun / habeas corpus” L.S. Crim. 2004-II-396 con ley 22.439, arts. 33–37 (derogada).

(61) Ley 25.871, arts. 6 a 8.

(62) Íd. art. 13

(63) Íd. arts. 12 y 13

permanencia (en el país), *de acuerdo a las leyes vigentes*"⁽⁶⁴⁾. Una interpretación literal del texto de este artículo podría llevar a la conclusión de que algún tipo de trato dispar podría seguir siendo permisible en perjuicio de personas en condición irregular. Tal interpretación contravendría las disposiciones más liberales de la ley, incluyendo la definición amplia de "inmigrante" como cualquier persona que desee ingresar o residir en Argentina incluida en el art. 2º, el derecho inalienable a inmigrar del art. 4º, el derecho a igualdad en el acceso a todos los derechos y privilegios correspondientes a los ciudadanos argentinos del art. 6º, y las numerosas referencias en el texto de la ley a los estándares constitucionales, humanitarios y de derechos humanos⁽⁶⁵⁾. Algunos comentaristas sugieren que este posible conflicto dentro del texto sea resuelto a través de reglamentaciones a favor de la igualdad de trato para todos los inmigrantes, sin importar su situación migratoria⁽⁶⁶⁾.

La ley 25.871 promueve la integración cultural y la educación en la comunidad inmigrante. Los gobiernos federal, provinciales y municipales deben proporcionar a los no ciudadanos y sus familias información acerca de sus derechos y obligaciones bajo el nuevo régimen y otros temas relacionados que, de ser posible, esté en un idioma que el inmigrante pueda comprender. Más aun, el gobierno debe adoptar medidas apropiadas para asegurar la propagación de dicha información a través de empleadores, sindicatos y otras instituciones. A fin de fomentar la integración cultural y el multiculturalismo, el gobierno debe proporcionar clases de idioma castellano, promover el conocimiento y valoración de las expresiones culturales, sociales, económicas y religiosas de los inmigrantes y establecer cursos de capacitación para empleados públicos y entidades privadas. Finalmente, el gobierno debe facilitar la consulta y participación de los extranjeros en las decisiones relativas a la vida pública y a la administración de las comunidades locales donde residen⁽⁶⁷⁾.

.....
(64) Íd. art. 5

(65) Ver, vgr. Íd. art. 12

(66) Ver Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, Subsecretaría de Derechos Humanos, *Comentarios a propósito de la reglamentación de la Ley 25.871* (sin fecha).

(67) Ley 25.871, arts. 9, 11 y 14.

Estas últimas disposiciones referidas al rol cooperativo de las autoridades federales, provinciales y municipales argentinas en la integración de los inmigrantes resultan fuertemente contrastantes con las tendencias en los Estados Unidos. Muchos gobiernos estatales y distritales han firmado acuerdos con el Departamento de Seguridad Interior a fin de implementar leyes inmigratorias, un área tradicionalmente correspondiente al gobierno federal⁽⁶⁸⁾. A más, policías estatales y locales detienen a cada vez más inmigrantes por tráfico menor o delitos diversos para luego entregarlos a las autoridades federales migratorias para su deportación⁽⁶⁹⁾. Inmigrantes de origen latinoamericano son las víctimas más frecuentes de estas prácticas y hay estudios que demuestran un impacto dispar en contra de esta comunidad, incluyendo evidencias de utilización de perfiles raciales⁽⁷⁰⁾. Recientemente, la legislatura de Arizona sancionó una ley inmigratoria sobreabarcativa que obliga a la policía local a comprobar la situación migratoria de todos los sospechosos de estar en los Estados Unidos sin la documentación correspondiente y criminaliza la situación inmigratoria irregular⁽⁷¹⁾. Otros estados han seguido el ejemplo de Arizona⁽⁷²⁾. Si bien la Corte Suprema de los Estados Unidos ha tachado de inconstitucionales algunas partes de la ley mencionada, algunos aspectos preocupantes de la ley continúan vigentes⁽⁷³⁾.

Además de las iniciativas locales, algunos Estados y municipalidades han sancionado leyes que restringen el acceso al empleo, a la vivienda y al derecho a contratar de los inmigrantes indocumentados, bajo la forma de regulaciones comerciales, sanitarias o de seguridad. Algunos tribunales han invalidado esas leyes por violatorias del debido proceso o, más frecuentemente, como un intento inadecuado de regular el derecho migra-

(68) *Immigration and Nationality Act* § 287(g), 8 U.S.C. 1357 (1990)

(69) MAI THI NGUYEN y HANNAH GILL, *The Latino Migration Project, The 278(g) Program: The Costs and Consequences of Local Immigration Enforcement in North Carolina Communities* pgs. 1–2 (2010)

(70) TREVOR GARDNER II y AARTI KOHLI, *The CAP Effect: Racial Profiling in the ICE Criminal Alien Program, Policy Brief, The Chief Justice Earl Warren Institute of Race, Ethnicity & Diversity* (Sept. 2009)

(71) S.B. 1070, 49th Leg., 2d Reg. Sess. (Ariz. 2010)

(72) Ver, vgr., S.B. 1070 (Arizona); H.B. 56 (Alabama); H.B. 87 (Georgia)

(73) “*Arizona v. United States*”, *supra*

torio, que corresponde al gobierno federal. Otros tribunales, sin embargo, las han considerado constitucionales, antes del fallo “*Arizona c. Estados Unidos*”⁽⁷⁴⁾. Así, mientras Argentina ha promovido la integración de su comunidad inmigrante y la legalización de su comunidad indocumentada, algunos funcionarios estatales y locales norteamericanos desalientan la presencia de inmigrantes en sus comunidades.

3.3.3 | Estándares de admisibilidad

3.3.3.1 | Principios generales

La ley, basándose en el derecho inalienable a migrar, dispone que toda persona que solicite ser admitida de modo permanente o temporario tendrá derecho a criterios y procedimientos de admisión no discriminatorios en términos de los derechos y garantías establecidos por la Constitución Nacional, los tratados internacionales, los convenios bilaterales vigentes y las leyes⁽⁷⁵⁾. Más aun, el gobierno debe implementar medidas tendientes a promover la regularización de la situación migratoria de los extranjeros y asegurar que las posibles demoras en los procedimientos no los afecten negativamente⁽⁷⁶⁾. La reunificación familiar es sustento fundamental del proceso de admisión, como evidencian los principios generales de la ley 25.831 y el art. 10 en particular, que reza: “*El Estado garantizará el derecho de reunificación familiar de los inmigrantes con sus padres, cónyuges, hijos solteros menores o hijos mayores con capacidades diferentes*”⁽⁷⁷⁾.

Al revertir la denegatoria de una visa solicitada por la esposa china de un residente argentino, la Corte Suprema señaló que “*cabe señalar que la nueva ley de Política Migratoria Argentina, 25.871, (...) estableció (...) una variación sustancial de los objetivos a tener en cuenta para la admisión*”

(74) “*City of Hazleton, Pa. v. Lozano*”, 131 S.Ct. 2958 (2011); “*Villas at Parkside Partners v. City of Farmers Branch*”, 675 F.3d 802 (5th Cir. 2012); “*Gray v. City of Valley Park*”, Mo. 567 F.3d 976 (8th Cir. 2009)

(75) Ley 25.871, arts. 3 inc. f

(76) Íd. arts. 17 y 26

(77) Íd. art. 10

de extranjeros”⁽⁷⁸⁾. En consecuencia, la Corte rechazó la decisión gubernamental de denegar la visa en base a la supuesta “proclividad al delito” y sostuvo que el principio de reunificación familiar debe regir todas las decisiones de admisibilidad⁽⁷⁹⁾.

En contraste, en los Estados Unidos, la conducta criminal desplaza al objetivo de la reunificación familiar en las decisiones sobre admisibilidad y deportación. Los funcionarios migratorios deportan incluso residentes permanentes de largo tiempo con lazos significativos con los Estados Unidos y deniegan la admisión a familiares de ciudadanos y residentes si dichos familiares han cometido delitos⁽⁸⁰⁾.

3.3.3.2 | Categorías de admisibilidad

La ley 25.871 establece cuatro situaciones legales diferentes: residente permanente, residente temporario, residente transitorio y residente precario. La residencia permanente está ampliamente disponible para todos aquellos que deseen establecerse definitivamente en el país, así como a los inmigrantes parientes de ciudadanos argentinos, entendiéndose como tales a cónyuge, hijos y padres⁽⁸¹⁾. Desgraciadamente, la norma no incluye mayores detalles sobre otras categorías de personas que pueden obtener la residencia permanente, lo que resalta la necesidad de reglamentaciones que completen esta disposición.

La residencia temporaria por un período inicial de tres años prorrogables por períodos equivalentes está destinada a trabajadores migrantes; personas con ingresos económicos propios de fuentes externas; pensionados que perciban ingresos de gobiernos extranjeros, organismos internacionales o empresas privadas; inversionistas; científicos y trabajadores especializados empleados por entidades públicas o privadas; deportistas y artistas, y religiosos de cultos reconocidos. Además, personas que necesiten

(78) CSJN, 23/10/2007, “Zhang, Hang v. Estado Nacional-Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/recurso de hecho” Fallos 2007-330-4554.

(79) Ídem

(80) NANCY MORAWETZ, *Understanding the 1996 Deportation Laws and the Limited Scope of Proposed Reforms*, 113 HARV. L. R. 1936, 1938–39 (2000).

(81) Ley 25.871, art. 22.

tratamiento médico en Argentina y sus familiares directos, representantes legales o curadores pueden ingresar por un año prorrogable. Los académicos pueden ingresar por igual período con un régimen similar. Estudiantes que ingresen al país para cursar estudios secundarios, terciarios o universitarios; asilados y refugiados; y ciudadanos del Mercosur y estados asociados pueden obtener la residencia temporaria por dos años prorrogables. Los ministerios de Interior y de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto pueden, discrecionalmente, admitir residentes temporarios por razones humanitarias o de interés para el país que no estén contempladas en la ley⁽⁸²⁾.

La residencia transitoria incluye a los turistas, pasajeros en tránsito, tránsito vecinal fronterizo, tripulantes de transporte internacional, trabajadores migrantes estacionales, académicos, personas que requieran tratamiento médico, y personas que la Dirección Nacional de Migraciones considere que merecen tratamiento especial⁽⁸³⁾.

La ley prevé la residencia precaria para cualquier residente permanente, temporario o transitorio con trámites migratorios pendientes de resolución. La validez de la misma es por 180 días prorrogables hasta la finalización de los trámites correspondientes. Un extranjero en esa situación puede permanecer, salir y reingresar al territorio nacional y trabajar y estudiar⁽⁸⁴⁾. Esta disposición es definitivamente una mejora con respecto a la derogada ley de facto 22.439, que autorizaba a la Dirección de Migraciones a otorgar o cancelar la residencia precaria a través de un entramado de resoluciones que autorizaban la residencia precaria para ciudadanos de diferentes nacionalidades por diversos períodos de tiempo y sin salvaguardas administrativas o judiciales.

3.3.4 | Trabajo, derecho de propiedad y penas

Los residentes permanentes tienen el derecho irrestricto a trabajar y a realizar cualquier tipo de actividad remunerada. Los residentes temporarios

(82) Íd. art. 23

(83) Íd. art. 24 incs. a-g

(84) Íd. art. 20

solo pueden hacerlo durante su estadía autorizada en el país⁽⁸⁵⁾. Además, la ley prohíbe a los residentes transitorios trabajar o realizar tareas remuneradas a menos que sean trabajadores migrantes estacionales o reciban permiso expreso de las autoridades migratorias⁽⁸⁶⁾. Si bien la ley argentina entrona principios de no discriminación, la ley, contradictoriamente, limita el derecho de aquellos en situación irregular. Tales inmigrantes no pueden realizar tareas remuneradas⁽⁸⁷⁾ y los empleadores que los contraten son susceptibles de ser sancionados pecuniariamente⁽⁸⁸⁾. No obstante, los trabajadores inmigrantes irregulares tienen todos los derechos laborales frente a sus empleadores en el empleo que pudieran obtener⁽⁸⁹⁾.

La ley 25.871 también prohíbe el alquiler de alojamiento a personas en situación irregular e impone multas administrativas para quienes violen la prohibición. Además dispone que quien contrate con residentes irregulares la adquisición, venta o constitución de gravamen sobre bienes inmuebles, derechos o muebles registrables, o la constitución o integración de sociedades civiles o comerciales, deberá informarlo a la autoridad migratoria⁽⁹⁰⁾. Sin embargo, al igual que con la prohibición de obtener empleo, dichas transacciones mantienen su validez⁽⁹¹⁾.

Estas restricciones contradicen directamente los principios de igualdad, no discriminación y protección de los derechos humanos que la ley expresa en su parte general. En primer lugar, la prohibición de alquilar alojamiento limita las opciones habitacionales de los inmigrantes y se puede sostener que obliga a los inmigrantes irregulares a alojarse en lugares inadecuados e ilegales. En segundo lugar, la obligación de denunciar a los inmigrantes irregulares que deseen contratar interfiere con la capacidad de los inmigrantes para comprar propiedades, realizar negocios, adquirir

.....
(85) Íd. art. 51

(86) Íd. art. 52

(87) Íd. art. 53

(88) Íd. arts. 55, 59-60.

(89) Íd. art. 16, ver también, CIDH, *Condición Judicial y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, opinión consultiva OC-18/03, 17/09/2003

(90) Ley 25.871, arts. 55 y 59

.....
(91) Íd. art. 58

y registrar un vehículo o formar una sociedad. En tercer lugar, la denuncia de inmigrantes ilegales contradice las disposiciones de la ley que manda a los Estados federal, provinciales y municipales fomentar la integración. La obligación de denunciar nos recuerda la "Ley Videla", que obligaba a denunciar no solo a los inmigrantes que intentaran celebrar este tipo de contratos, sino también a aquellos que quisieran obtener servicios sociales o atención médica. Si bien aun está por verse cuán estrictamente se aplicarán estas disposiciones, la reglamentación debería redactarse de modo de limitarlas, a fin de mantener la armonía con los principios de derechos humanos que sustentan la ley.

Además de multas administrativas, la ley 25.871 establece diversas sanciones penales, que incluyen prisión de uno a seis años por delitos tales como tráfico de personas, promover la estadía irregular de no ciudadanos para obtener beneficios económicos directos o indirectos, y utilizar documentación falsa para obtener beneficios migratorios para un tercero. La ley prevé sanciones penales más extensas si las conductas incluyen factores agravantes como violencia, abuso, reincidencia, drogas o terrorismo, o si la víctima es menor de edad⁽⁹²⁾.

3.3.5 | Procedimientos de denegación de admisión, cancelación de la permanencia y expulsión

Los apartados de la ley que versan sobre criterios de admisión y expulsión son en general consistentes con la estructura liberal de la nueva ley. También equilibran razonablemente el derecho a inmigrar con el poder soberano del Estado para determinar a quién admitir y a quién deportar. Antes de denegar la admisión, cancelar la permanencia o deportar a una persona, la Dirección de Migraciones debe tener en cuenta factores humanitarios tales como lazos familiares, duración de la residencia en el país, ocupación y condiciones sociales y personales⁽⁹³⁾, y otorgar la oportunidad de regularizar la situación⁽⁹⁴⁾.

(92) Ley 25.871, arts. 116/121; Tribunal Oral en lo Criminal Federal nro.1 de Córdoba 4/4/2007, "Jalil, Gabriel y otros" LL 2007-D-84.

(93) Ley 25.871, arts. 29 y 61

(94) Íd. art. 61

3.3.5.1 | Denegación de admisión

La presentación de documentación falsa o alterada se sanciona con la prohibición de reingreso al país por cinco años⁽⁹⁵⁾. Eludir el control migratorio e incumplir los requisitos legales también son motivo de impedimento de ingreso y deportación. Personas que hayan cometido genocidio, crímenes de guerra, actos de terrorismo, crímenes contra la humanidad u otros actos punibles por el Tribunal Penal Internacional; que pertenezcan a organizaciones criminales nacionales o internacionales; que hayan sido condenados por facilitar con ánimos de lucro el ingreso ilegal de extranjeros; o que hayan estado involucrados en o condenados por promover la prostitución, el tráfico de personas o la explotación sexual, también son pasibles de prohibición de ingreso y permanencia en el territorio nacional. Un no ciudadano que haya sido condenado o que tenga antecedentes por tráfico de armas, de personas, de estupefacientes, o por lavado de dinero o inversiones en actividades ilícitas o delitos punibles en la legislación argentina con penas privativas de la libertad de más de tres años también puede ser no admitido. Un no ciudadano que haya sido objeto de medidas de expulsión o de prohibición de reingreso no podrá ingresar hasta tanto las mismas no hayan sido revocadas o se haya cumplido el plazo impuesto al efecto⁽⁹⁶⁾.

Si una cuestión de admisibilidad se planteara en la frontera o en un punto de ingreso, el inmigrante será rechazado hasta tanto la misma sea resuelta. Una decisión denegatoria de admisión deberá ser apelada ante la Dirección de Migraciones desde fuera del país dentro de los quince días. En caso de peligro para la salud o integridad física, las autoridades migratorias podrán admitir al solicitante provisionalmente⁽⁹⁷⁾. La Dirección de Migraciones, con la aprobación del Ministerio del Interior, podrá desestimar estos impedimentos por razones humanitarias o de unidad familiar⁽⁹⁸⁾.

Los tribunales han interpretado los motivos de inadmisibilidad restrictivamente. Por ejemplo, al interpretar las causas impeditivas de ingreso

(95) Ley 25.871, arts. 29 y 35

(96) Íd. arts. 29 y 37

(97) Íd. art. 35

(98) Íd. arts. 29 y 34.

del art. 29, la Corte Suprema en el fallo “Zhang Hang” ha aclarado que se requiere una condena penal, y no solo actividad criminal sospechada, para denegar la admisión. Teniendo en cuenta los principios de reunificación familiar y fines humanitarios de la ley, la CSJN ha hecho énfasis en que las autoridades migratorias tienen amplias potestades para desestimar los motivos de inadmisibilidad⁽⁹⁹⁾.

3.3.5.2 | Deportación y cancelación de la permanencia

El gobierno puede cancelar un permiso de residencia e iniciar el procedimiento de expulsión contra personas que: (1) hayan obtenido documentación de modo fraudulento; (2) hayan sido condenados a prisión por más de 5 años por delitos dolosos o que sean reincidentes; (3) hayan residido fuera de Argentina por más de dos años, sujeto a ciertas excepciones; (4) se hayan desnaturalizado las razones que motivaron la concesión de residencia permanente, temporaria o transitoria, o cuando la instalación en el país hubiera sido subvencionada total o parcialmente, directa o indirectamente por el Estado argentino y no se cumplieran o se violaren las condiciones expresamente establecidas para la subvención, o (5) hayan participado en genocidio, crímenes de guerra, terrorismo, crímenes contra la humanidad o actos similares, o que pertenezcan a organizaciones que puedan ser juzgadas por el Tribunal Penal Internacional o por tribunales locales⁽¹⁰⁰⁾. Las personas en situación irregular también pueden ser deportadas⁽¹⁰¹⁾. Una persona deportada no podrá reingresar al país durante 5 años o más, dependiendo de la seriedad de la causa de deportación, si bien la autoridad migratoria puede desestimar esta prohibición⁽¹⁰²⁾.

Tal como en las disposiciones acerca de la admisión, antes de iniciar el procedimiento de deportación el gobierno debe considerar la profesión, lazos familiares con ciudadanos argentinos, período de residencia autorizada, y otras condiciones sociales y personales del inmigrante. En caso de las personas en situación irregular, el gobierno debe, primero, darle oportu-

(99) Ver CSJN, 23/10/2007, “Zhang, Hang v. Estado Nacional-Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto / recurso de hecho” Fallos 2007-330-4554.

(100) Ley 25.871, art. 62 incs. a-e.

(101) Íd. art. 61

(102) Íd. art. 63

tunidad de regularizar su situación. Si el no ciudadano no toma las medidas tendientes a legalizar su situación, el gobierno decretará la expulsión pero suspenderá la ejecución de la medida e iniciará los procedimientos correspondientes ante el tribunal competente en la materia⁽¹⁰³⁾.

Estas disposiciones difieren sustancialmente del derecho inmigratorio norteamericano, en el cual los procedimientos de expulsión pueden ser iniciados contra no ciudadanos en condiciones de ser deportados sin importar su tiempo de residencia o situación legal en los Estados Unidos, su empleo, ni su situación social, personal ni familiar⁽¹⁰⁴⁾. Desde la sanción de las leyes inmigratorias de 1996, miles de no ciudadanos, muchos de ellos residentes permanentes legales, han sido deportados sin apelación posible, lo que causó incalculables situaciones de desarraigo, sufrimiento y separación familiar. El Departamento de Seguridad Interior deja de lado el proceso de deportación solo en los casos más excepcionales, recientemente en casos de estudiantes secundarios y universitarios que ingresaron a los Estados Unidos siendo niños, pero no en el caso de sus padres⁽¹⁰⁵⁾. Claramente, el enfoque más matizado de la legislación argentina en cuanto a la deportación constituye un modelo mejor y más humanitario.

3.3.5.3 | Revisión administrativa y judicial

La nueva ley prevé la revisión administrativa, la reconsideración y el subsecuente control judicial en casos de denegatoria de admisión, cancelación de la permanencia y expulsión⁽¹⁰⁶⁾. Cuando se intenta la revisión o reconsideración administrativa, las autoridades deben decidir dentro de los 30 días⁽¹⁰⁷⁾. Tras agotar la vía administrativa, la parte interesada puede apelar a los tribunales federales⁽¹⁰⁸⁾. En casos de deportación, incluso si la parte interesada no impugna la decisión administrativa, la Dirección de Migraciones

(103) Íd. art. 61 y 63

(104) Ver *Human Rights Watch, Forced Apart (By the Numbers): Non-Citizens Deported Mostly for Nonviolent Offenses 3* (2009)

(105) www.dhs.gov/ynews/releases/20120612-napolitano-announces-deferred-action-process-for-young-people.shtm

(106) Ley 25.871, arts. 74 a 90

(107) Íd. art. 76

(108) Íd. art. 84

debe presentar el caso ante el juez competente⁽¹⁰⁹⁾. Los tribunales federales con jurisdicción administrativa o cualquier tribunal federal en las provincias argentinas tienen competencia para entender en casos de esta naturaleza⁽¹¹⁰⁾. La obligación para el gobierno de presentar el caso ante el tribunal competente constituye un avance destacable con respecto a la ley anterior, que autorizaba la deportación sumaria sin acceso a revisión judicial⁽¹¹¹⁾.

Además de los procedimientos de deportación, la ley prevé el remedio del “pronto despacho”, similar a una orden de autoridad superior, en caso de que la Dirección de Migraciones no resuelva una solicitud en el plazo establecido en la ley, o, si no hay un plazo específico, dentro de un plazo razonable⁽¹¹²⁾. Este recurso obedece a los reclamos de abogados especializados por demoras irrazonables en las decisiones de la Dirección de Migraciones.

3.3.5.4 | Mecanismos Adicionales de Deportación por Razones Penales

La ley prevé mecanismos adicionales específicos para delincuentes. Según el art. 64, cuando un no ciudadano ha cumplido la mitad de la sentencia que se le haya impuesto, la Dirección de Migraciones puede emitir una orden de deportación que al mismo tiempo extingue la parte restante de la pena. Del mismo modo, la Dirección puede emitir una orden de deportación contra un no ciudadano en situación irregular que haya cumplido su *probation* o que sea acusado de un delito menor para el cual la *probation* u otra medida de rehabilitación sea una opción. En este último caso, el proceso se da por terminado⁽¹¹³⁾.

Algunos juristas han argüido que el art. 64 viola los principios subyacentes de no discriminación, igualdad y reunificación familiar. Algunos postulan que los no ciudadanos, a diferencia de los ciudadanos, son injustamen-

.....
(109) Íd. arts. 61 y 74

(110) Ley 25.871, art. 98

(111) Comparar “Ley 22.439”, arts. 37–38 (derogada), con Cámara Federal de Apelaciones de Paraná, 10/12/2004, “Ali Yun, Lingyan Zheng y Yu Junyun s/ habeas corpus” L.S. Crim. 2004-II-396.

(112) Ley 25.871, art. 85.

(113) Íd. art. 64

te pasibles no solo de sanciones penales, sino también de expulsión, un argumento que los abogados de inmigrantes en Estados Unidos han utilizado sin éxito⁽¹¹⁴⁾. Por otra parte, otros especialistas, incluyendo fiscales, sostienen que la ley es inconstitucional porque deniega a los argentinos igualdad de trato. Señalan que la ley permite solo a los no ciudadanos la reducción de sentencia o su extinción⁽¹¹⁵⁾.

Por ejemplo, en el caso de "*Nicholas P. Chukura O'Kasili*", el no ciudadano invocó las disposiciones del art. 64, inc. a) a fin de extinguir su sentencia por vía de expulsión. El fiscal federal arguyó que la ley discriminaba inaceptablemente a los argentinos condenados por delitos, a los que se obliga a cumplir la sentencia completa, y que la ley inmigratoria también violaba la separación de poderes. La defensa contestó que el fiscal no podía invocar el derecho a la igualdad en abstracto, en representación de los argentinos y en perjuicio de los no argentinos, ya que ellos no eran partes en el caso. El tribunal falló que el art. 64 no viola los derechos de los argentinos a la igualdad de trato garantizada por los arts. 14, 16 y 20 de la Constitución. Además, el fallo sostuvo que la reducción de sentencia de un no ciudadano por vía de deportación no infringe la separación de poderes porque el poder ejecutivo está simplemente aplicando la ley sancionada por el parlamento, y no modificando el código penal⁽¹¹⁶⁾.

En el caso de "*Chambi Loaiza, Adolfo*" el acusado no ciudadano solicitó la deportación y arguyó que, basado en el principio constitucional de igualdad, el art. 64 inc. c) debería ser extensivo a todos los delitos, en vez de estar limitado a aquellos para los cuales está disponible la *probation* u otras penas de rehabilitación. El tribunal rechazó el argumento y sostuvo que la letra de la ley se refiere claramente a los delitos menores y que, de otro modo, los no ciudadanos estarían siendo alentados a cometer delitos a sabiendas de que serán deportados en vez de enfrentar un proceso penal y privación de la libertad⁽¹¹⁷⁾.

(114) Ver, *vgr.*, Ceriani Cernadas, *supra*, pág. 117; Morales y Asurey, *supra*, pág. 269.

(115) Ver, en general, José Nicasio Dibur, "El Artículo 64 de la Ley de Política Migratoria Argentina: Una Norma Inconstitucional?", LL 2005-C-224.

(116) Cámara Nacional de Casación Penal (CNCP), Sala I, 28/2/2005, "*Chukura O'Kasili, Nicholas s/recurso de inconstitucionalidad*"; CNCP, Sala III, 29/6/2005, "*Flores Martínez Mauricio Osmar s/recurso de inconstitucionalidad*" (rechazando argumentos similares del fiscal).

(117) CNCP, Sala III, 6/11/2006, "*Chambi Loaiza Adolfo s/recurso de casación*"

En otro caso similar ante el mismo tribunal, un no ciudadano argumentó que las disposiciones del art. 64, inc. c) deberían ser aplicadas a su delito de tráfico de drogas, para el cual no están previstas medidas de rehabilitación. Si bien el tribunal rechazó la petición, basándose en la letra de la ley, la disidencia sostuvo que el art. 64, inc. c) debería ser aplicado de modo amplio, más allá de la naturaleza del delito. Teniendo en cuenta que uno de los propósitos del art. 3, inc. j) de la ley 25.871 es la remoción de los no ciudadanos que hayan cometido delitos, el juez disidente concluyó que es de interés nacional extender la aplicación del art. 64, inc. c) a no ciudadanos condenados, más allá de la naturaleza de su delito, a fin de librar a la argentina de inmigrantes delincuentes⁽¹¹⁸⁾.

3.3.6 | Derecho a asistencia letrada

Los no ciudadanos que no tengan recursos financieros suficientes, podrán obtener asistencia legal gratuita y la asistencia de intérpretes. El art. 86 de la ley 25.871 declara específicamente que las reglamentaciones a la ley deberán resguardar el ejercicio de los derechos constitucionales de defensa⁽¹¹⁹⁾. La Defensoría General de la Nación provee asistencia letrada a los inmigrantes a fin de patrocinarlos en los procedimientos administrativos y judiciales de expulsión. En Buenos Aires, dos abogados se ocupan de los procedimientos administrativos inmigratorios y la Dirección Nacional de Migraciones se hace cargo del financiamiento de dichos letrados. Otros abogados dentro de la Defensoría llevan los casos cuando alcanzan la instancia judicial. En provincias fuera de Buenos Aires, la planta general de abogados de la Defensoría lleva los casos tanto en sede administrativa como judicial⁽¹²⁰⁾.

Las leyes norteamericanas sobre el derecho a asistencia letrada de no ciudadanos indigentes difiere significativamente de su contraparte argentina. En Estados Unidos no existe el derecho a patrocinio letrado gratuito para no ciudadanos indigentes en procedimientos de deportación, a pesar de que la Corte Suprema ha descrito las consecuencias severas de tal medi-

(118) CNCP, Sala III, 12/6/2007, "*Cercedo Masgo Pedro Miguel s/recurso de casación*"

(119) Ley 25.871, art. 86

(120) d. art. 98; ver también entrevista con Pablo Asa, Director de la clínica jurídica CAREF/CELS/UBA, Abogado de la comisión de inmigración de la Defensoría General de la Nación, (4/07/2008); Convenio con el Ministerio Público de la Defensa, <http://www.migraciones.gov.ar/novedades/includes/datosNovedad.php?historico=si&id=65&lang>

da como “destierro” y la pérdida de “*todo lo que hace que la vida valga la pena*”⁽¹²¹⁾. La necesidad de representación legal, sin embargo, resulta evidente, ya que los no ciudadanos que tienen abogados tienen una probabilidad mucho mayor de tener éxito en sus procedimientos judiciales que aquellos que no los tienen⁽¹²²⁾. La garantía de asistencia jurídica en la ley argentina es un gran avance en la protección de los derechos de los inmigrantes y debería ser adoptada en los Estados Unidos.

3.3.7 | Retención

El uso limitado de la retención en la ley argentina demuestra su finalidad de protección de derechos. La retención es en general permisible solo tras una orden de deportación firme. Si la deportación no puede ser hecha efectiva dentro de un tiempo “prudencial” o si existen otras causas que lo justifiquen, el inmigrante puede ser liberado provisionalmente a la espera de la deportación. En circunstancias excepcionales, la retención puede autorizarse antes de que la orden de expulsión se encuentre firme. Aun en tales casos las autoridades deben obtener una orden de detención del juez competente al solo efecto de ejecutar la expulsión. La Dirección de Migraciones debe suspender la retención en caso de que el detenido sea padre, hijo o cónyuge de un ciudadano argentino⁽¹²³⁾.

En el caso “*Zeng Xiankai*”, el tribunal de apelación interpretó estrictamente las disposiciones del art. 70⁽¹²⁴⁾. El tribunal ordenó la libertad de un ciudadano chino cuya deportación había sido ordenada pero aún no ejecutada, por posesión de documentos falsos. El tribunal consideró que la detención previa a la orden firme solo se justifica en circunstancias excepcionales, como dice claramente la ley, y no solamente por una situación migratoria irregular⁽¹²⁵⁾. El tribunal enfatizó especialmente que las autoridades no siguieron el procedimiento del art. 61, que requiere que la Dirección

(121) U.S.C. § 1229a(b)(4)(A) (2006); “*Fong Haw Tan v. Phelan*”, 333 U.S. 6, 10 (1948); “*Ng Fung Ho v. White*”, 259 U.S. 276, 284 (1922)

(122) DONALD KERWIN, *Revisiting the Need for Appointed Counsel*, Migration Policy Institute: Insight, Apr. 2005, at 1; Beth J. Werlin, Note, *Renewing the Call: Immigrants’ Right to Appointed Counsel in Deportation Proceedings*, 20 B.C. Third World L.J. 393, 404 (2000)

(123) Ley 25.871, arts. 69/71.

(124) Juzgado Federal, 22/6/2004, “*Zeng Xiankai s/ habeas corpus*” La Ley 2004-E-4.

(125) Íd., ley 25.871, art. 70.

de Migraciones otorgue al no ciudadano un plazo perentorio en el que regularizar su situación antes de emitir la orden de expulsión⁽¹²⁶⁾. Como miembro del mismo tribunal en un caso similar, el juez Chausovsky enfatizó que según el art. 72, las autoridades solo podrán detener inmigrantes por períodos de tiempo limitados y en las dependencias de la policía migratoria auxiliar o donde lo disponga la Dirección de Migraciones, y nunca en una institución penal que aloje a personas acusadas de delitos⁽¹²⁷⁾.

En contraste, la ley norteamericana prevé amplias competencias para la detención de inmigrantes a la espera de la resolución de su audiencia de expulsión. Si bien algunos inmigrantes pueden ser liberados bajo caución, muchos son pasibles de detención obligatoria, una práctica que la Corte Suprema Norteamericana ha considerado constitucional⁽¹²⁸⁾. Estas disposiciones, en combinación con el aumento de intensidad en las políticas de ejecución en los Estados Unidos han llevado a una creciente detención de inmigrantes. Por ejemplo, en 2010, el gobierno detuvo a aproximadamente 363.000 inmigrantes⁽¹²⁹⁾. Los detenidos son alojados en facilidades de estilo penitenciario⁽¹³⁰⁾. Ciento siete personas han muerto en detención migratoria desde octubre de 2003 y se ha documentado ampliamente la falta de asistencia médica y de salud mental⁽¹³¹⁾. A pesar de las declaraciones del gobierno de Obama en cuanto a su voluntad de reformar las condiciones de detención y explorar alternativas a la detención para algunos inmigrantes, la población privada de la libertad no ha disminuido⁽¹³²⁾. Por ello, el sistema argentino de retención de inmigrantes, que la limita a aquellos con órdenes de expulsión firmes y, aun en esos casos, solo mediante orden judicial, resulta ciertamente más humano.

.....

(126) Ley 25.871, art. 61.

(127) Juzgado Federal, 10/12/04, "Ali Yun, Lingyan Zheng, Yu Junyun s/ habeas corpus", L.S.CRIM. 2004-II-396

(128) U.S.C. § 1226(c); "Demore v. Kim", 538 U.S. 510, 521–523 (2003)

(129) <http://www.aclu.org/immigrants-rights/detention>

(130) *Detention Watch, About the U.S. Detention and Deportation System*, <http://www.detentionwatchnetwork.org/aboutdetention>

(131) NINA BERNSTEIN, *Officials Obscured Truth of Migrant Deaths in Jail*, N.Y. Times, 10/01/2010

(132) DORA SCHRIRO, *Dep't of Homeland Security: Immigration and Customs Enforcement, Immigration Detention Overview and Recommendations 2* (6/10/2009); TRACImmigration, *Huge Increase in Transfers of ICE Detainees*, <http://trac.syr.edu/immigration>.

3.4 | Reglamentación

El 6 de mayo de 2010 el gobierno argentino dictó el decreto reglamentario de la ley 25.781⁽¹³³⁾. La parte introductoria del decreto reitera y enfatiza los amplios principios fundamentales de la nueva ley. Por ejemplo, el decreto destaca que Argentina ha reformulado su política migratoria a fin de promover el respeto por los derechos humanos, la movilidad de los migrantes, la reunificación familiar y la integración regional latinoamericana. El gobierno, sin embargo, no reglamentó todos los artículos de la ley y, como resultado, algunos problemas regulatorios mencionados en este artículo siguen sin respuesta.

La reglamentación toma importantes medidas para asegurar el acceso igualitario y no discriminatorio a la educación, la salud, el empleo, y otros servicios públicos. La Dirección de Migraciones debe colaborar con los gobiernos provinciales y municipales para lograr la integración de los inmigrantes en la sociedad. La Dirección también tiene la obligación de garantizar el acceso de los inmigrantes a los servicios públicos y el empleo. Los ministerios de Educación, Salud y Trabajo deben adoptar políticas destinadas a dichos fines⁽¹³⁴⁾. Además, la Dirección de Migraciones debe proveer entrenamiento para la policía migratoria y otros funcionarios y empleados públicos para asegurar el cumplimiento de la ley⁽¹³⁵⁾. Es de esperar que el mejor entrenamiento sirva para aplacar la preocupación de la comunidad de derechos humanos en cuanto a que los funcionarios públicos y en particular las autoridades fronterizas comprendan acabadamente la naturaleza protectora de la nueva ley. El decreto también ordena a la Dirección de Migraciones la implementación de programas que faciliten el proceso de regularización para los inmigrantes, incluyendo la provisión de información en la lengua de origen de los inmigrantes y el acceso a intérpretes⁽¹³⁶⁾.

(133) Boletín Oficial N° 31.898, Migraciones, Decreto 616/2010, Reglamentación de la ley de Migraciones No. 25.871 y sus modificatorias, Bs. As 3/5/2010

(134) *Id.* arts. 6, 7, 8, 19.

(135) *Íd.* art. 9 incs. a y b.

(136) Ley 25.871, reglamentación, art 9 inc., c), art. 17.

El decreto amplía la categoría de residentes permanentes, como los interesados habían solicitado. Los cónyuges, los hijos menores solteros, y los padres de los residentes permanentes y ciudadanos naturalizados pueden solicitar la residencia permanente. Los residentes temporarios originarios del Mercosur pueden acceder a la residencia permanente luego de dos años de residencia en el país, mientras que los residentes temporarios provenientes de otros países pueden hacerlo tras tres años⁽¹³⁷⁾. La reglamentación también da más detalles sobre los requisitos de la residencia temporaria basada en razones humanitarias, aclarando que esta disposición es aplicable a quienes serían víctimas de violaciones a sus derechos humanos en su país de origen, personas con enfermedades que pongan en peligro su vida que no puedan obtener tratamiento médico en su país, y víctimas de tráfico de personas⁽¹³⁸⁾.

La reglamentación deja claro que la retención de un inmigrante para asegurar su deportación requiere una orden judicial y que normalmente esa retención no puede exceder los quince días. La retención previa a una orden de deportación firme es admisible solo en circunstancias determinadas y, del mismo modo, solo mediando orden judicial. En el último caso, el decreto ordena que o bien la Dirección de Migraciones o bien el Ministerio del Interior informen al tribunal cada diez días sobre el progreso del caso, asegurando al detenido el debido proceso⁽¹³⁹⁾. El decreto incorpora estándares de detención, incluyendo la segregación de los inmigrantes de los detenidos por delitos, el acceso a la asistencia médica, y la posibilidad de detención en instituciones privadas⁽¹⁴⁰⁾. Además, en casos de expulsión o de denegatoria de ingreso al país, la Dirección de Migraciones debe notificar al Ministerio Público de los casos pendientes de resolución y suspender los procedimientos administrativos hasta tanto el inmigrante haya recibido asistencia jurídica a fin de proteger sus intereses⁽¹⁴¹⁾. Cuando se deniegue el ingreso a un no ciudadano en la frontera, las autoridades

.....
(137) Reglamentación, art. 22

(138) Íd. art. 23 inc. m).

(139) Íd. art. 70.

(140) Íd. art. 72.

(141) Íd. art. 86.

deben cumplir con las previsiones de la Ley General de Reconocimiento y Protección al Refugiado⁽¹⁴²⁾.

A pesar de las precisiones incorporadas, la reglamentación sigue sin abordar ciertos temas importantes. Por ejemplo, el gobierno omitió dictar reglamentos que concilien el art. 5 de la ley 25.871, que limita la igualdad de trato a aquellos en situación regular, con el principio de no discriminación que informa la ley en su conjunto, y que protege a todos los inmigrantes, más allá de su situación legal. En el mismo sentido, la reglamentación omite abordar la prohibición de comerciar con o de alquilar alojamiento a inmigrantes irregulares, y la obligación de denuncia en tales transacciones. De tal modo, si bien la ley y su reglamentación son un gran paso hacia adelante, sigue siendo responsabilidad del gobierno y de los especialistas en la defensa de los derechos de los migrantes asegurar que los objetivos liberales y de derechos humanos de la nueva ley sean alcanzados en su totalidad.

4 | Conclusión

La innovadora premisa de la ley 25.871 (aquella que dice que el derecho a migrar es un derecho humano) es un avance significativo en la promoción de los derechos humanos de los inmigrantes. Los principios legales de igualdad, no discriminación y debido proceso ponen a la legislación argentina en línea tanto con los estándares internacionales de derechos humanos como con la Constitución Nacional. No obstante, a fin de efectivizar de modo completo los principios igualitarios y de derechos humanos de la ley 25.871, el gobierno debe impulsar decisiones administrativas y ajustar prácticas burocráticas que aseguren la efectiva implementación de los objetivos de la ley.

Finalmente, la adopción por parte de Argentina de una legislación pro inmigrante genera un marcado contraste con las decisiones políticas y legislativas de los Estados Unidos. Si bien puede parecer poco realista esperar que Estados Unidos, con su realidad política, sancione una ley como la argentina, la experiencia argentina no deja de servir como aprendizaje para una reforma inmigratoria en Estados Unidos.

(142) Íd. art. 35, inc. a).