

II
EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS Y *HABEAS CORPUS*
A propósito del fallo "De la Torre"
de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

GABRIEL B. CHAUSOVSKY*

*Si ejecutáis un acto a la derecha de un río,
os ahorcarán; si lo ejecutáis a la izquierda,
os darán la cruz de una Legión de Honor.*

Rafael Barret:

Anarquismo y denuncia

1. Los tratados

Tanto la resolución de expulsar extranjeros, cuanto la determinación de las causas y la oportunidad para decidirlo, han constituido desde siempre un sector que se han reservado los Estados para sí.

En general, los distintos países han reafirmado sus atribuciones al respecto aun en los tratados que han suscripto vinculados a los derechos humanos.

Tal afirmación encuentra contexto en los que, de acuerdo al art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, integran nuestro ordenamiento jurídico con rango constitucional.

A modo de ejemplo, el art. 22, inc. 6° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (ley 23.054) y el art. 13

* Presidente de la Cámara Federal de Paraná. Profesor adjunto ordinario de Derecho Civil II, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional del Litoral.

del Pacto Internacional de Derechos Económicos y Sociales (ley 23.313) permiten a un Estado expulsar a un extranjero, limitándolo sólo en cuanto a que ello puede hacerse en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley. Esta normativa se completa prohibiendo la expulsión colectiva de extranjeros y cualquier expulsión que implique un riesgo para la persona por su raza, nacionalidad, religión, condición social u opiniones políticas.

Como puede advertirse, ningún Estado ha declinado el derecho que se atribuye de expulsar extranjeros, aunque, de algún modo ha restringido tales facultades.

2. La Constitución Nacional

No contempla la expulsión, aunque tampoco la prohíbe, pero sí contiene normas referidas concretamente a los extranjeros, tales que permiten perfilar de modo nítido los derechos que a ellos se les reconocen.

Así, el art. 25 impone al gobierno federal la obligación de fomentar la inmigración europea (las razones históricas de este criterio son por todos conocidas), y además prohíbe al gobierno federal restringir, limitar o gravar con impuesto alguno la entrada al territorio argentino de los extranjeros cuyo propósito sea trabajar, mejorar la industria o enseñar.

El art. 20 otorga todos los derechos civiles a los extranjeros. Esta importante norma es de una amplitud tal que no es sencillo encontrarla en otras constituciones, más teniendo en cuenta su incondicionalidad, que no la sujeta a reciprocidad y es directamente operativa.

Se ha dicho que: "La Constitución argentina es una de las más generosas del mundo a la hora de reconocer derechos al no nacional. Esta solución puede gustar o no a los espíritus más o menos nacionalistas, pero la amplitud del art. 20 no deja margen de dudas. Si alguna vez, en algún lugar de la tierra se creó una comunidad sobre la base de la igualdad de derechos civiles de la extranjería con los naturales, ese lugar fue la Argentina de 1851 a 1930: muy pocos pueblos de la tierra acogen sin reticencia alguna al extranjero, como el argentino de ayer y de hoy... Señalo que esta igualdad, a diferencia de lo que sucede en otros países, no está sujeta a la

reciprocidad diplomática ni legislativa: tampoco cabe distinguir según se trate o no de derechos fundamentales, inherentes o no a la dignidad humana".¹

Los derechos civiles, por tanto, enumerados a partir del art. 14 corresponden a nacionales y extranjeros. Más aún, los arts. 14, 16, 17, 18 y 19 mencionan *habitantes*; ni ciudadanos, ni nacionales, ni argentinos. Simplemente habitantes.

Se advierte la amplitud y generosidad de nuestra Constitución, y se pone aquí de resalto porque ejerce decisiva influencia a la hora de analizar la posibilidad de expulsar extranjeros.

Ya desde antiguo se ha expresado: "el vocablo habitante, comprensivo tanto de los nacionales como de los extranjeros, se refiere a las personas que residen en el territorio de la República, aunque no tengan constituido precisamente un domicilio con todos los efectos legales de éste".²

Y más aún: "la legislación sobre admisión de extranjeros no establece plazos, pasados los cuales el que entró en el país subrepticamente puede considerarse habitante; pero esta situación puede modificarse —o sea, que el vicio puede purgarse— probándose que los antecedentes de ese extranjero, la conducta que ha observado en el sentido de acreditar por ella un recto comportamiento y la leal voluntad de arraigo y subordinación a los principios rectores de la vida nacional, lo habilitan para invocar la garantía constitucional de permanecer en el territorio".³

"No sólo es 'habitante' del país quien ha ingresado en él respetando la Ley de Inmigración y los decretos reglamentarios, tanto aquellos inspirados en dicha ley 817, como en la Ley 4144 de Residencia; también lo es el incorporado a nuestro medio por la 'habitación' que ha conseguido establecer en el territorio argentino, después de haber violado la regulación legal sobre ingreso de inmigrantes y pasajeros. No podría tal persona ser expulsada si no es recurriendo, llegado el caso, a la aplicación de la referida ley 4114, que tal como ha sido concebida repugna a nuestra ley suprema según lo hemos sostenido en anteriores estudios".⁴

¹ STJ Mendoza, voto de la Dra. A. Kemelmajer de Carlucci, *in re* "Sanhueza, Fernando F.", 25/3/96, en LL 1996-C-525.

² CSJN, *in re* "Maciá y Gassol", Fallos, 151:211.

³ CSJN, *in re* "Sosa, Lino", 23/3/1956, LL 82-362 y ss.

⁴ Véase causa "Rodríguez, Eladio", CSJN, y Spota, Alberto G.: "La Ley de Inmigración y las garantías constitucionales", en JA, 1944-I-1970.

Como puede advertirse con este concepto de habitante, cuya amplitud salta a la vista puesto que incluye aun a los extranjeros que han entrado ilegalmente pero que se han establecido, puede afirmarse que les cabe reclamar los derechos contenidos en el art. 14 de la Constitución Nacional, entre los que se encuentra el de "permanecer" y por ende el de "no ser expulsado".

Vale, sobre el punto, el siguiente comentario: "Si en el país en que inmigran encuentran dificultades y un nuevo peligro de expulsión... habría que convenir en que los grandes principios de solidaridad humana se sacrificarían inexorablemente en homenaje a una estrictez policial, a veces arbitraria, o hipócrita y susceptible de soborno".⁵

En definitiva, y en lo que especialmente aquí interesa, se le reconoce a todos los habitantes, sean nacionales o extranjeros, el derecho de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino.

Es claro que si tienen este derecho, no pueden ser expulsados los extranjeros haciendo notar, tal como señala Bidart Campos que "los tratados que permiten la expulsión de extranjeros no pueden invocarse ni aplicarse en nuestra jurisdicción interna cuando el propio tratado que la autoriza hace prevalecer, en el caso, el mejor Derecho que surge del Derecho interno. Y "no ser expulsado" del territorio argentino es un mejor derecho que estar sometido a la expulsión".⁶

3. *Naturaleza del acto de expulsión*

La doctrina que distingue los actos del Estado en institucionales, de gobierno y administrativos, incluye a la facultad de expulsión de extranjeros dentro de los actos de gobierno.

Este punto de vista hace que la expulsión tenga las características propias de éstos, entre las que cabe mencionar que tienen idéntico régimen jurídico que los actos administrativos y que son *revisables jurisdiccionalmente* ya que, se sostiene, la diferencia entre el acto administrativo y de gobierno es conceptual y no de Derecho.⁷

⁵ Próculo (Rafael Bielsa), en *LL*, 82-363.

⁶ Bidart Campos, Germán: *Tratado elemental de Derecho constitucional argentino*, Ediar, t. I, Buenos Aires, 1995, p. 227.

⁷ Dromi, José Roberto: *Instituciones de Derecho administrativo*, Astrea, Buenos Aires, 1979, pp. 120 y ss.; Marienhoff, Miguel S.: *Tratado de Derecho administrativo*, t. II, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1966, p. 716.

"Si bien la Corte Suprema ha admitido la actuación de cuerpos administrativos con facultades jurisdiccionales, lo hizo luego de establecer, con particular énfasis, que la validez de los procedimientos hallábase *supeditada al requisito de que las leyes pertinentes dejaran expedita la instancia judicial posterior.*"

"...control judicial suficiente quiere decir:

- a) reconocimiento a los litigantes del derecho a interponer recurso ante los jueces ordinarios;
- b) negación a los tribunales administrativos de la potestad de dictar resoluciones finales en cuanto a los hechos y al derecho controvertidos, con excepción de los supuestos en que, existiendo opción legal, los interesados hubiesen elegido la vía administrativa, privándose voluntariamente de la judicial. La mera facultad de deducir recurso extraordinario basado en inconstitucionalidad o arbitrariedad, no satisface las exigencias que en la especie han de tenerse por imperativas. Una interpretación contraria sería violatoria del art. 18 de la Constitución Nacional que, en supuestos como el del caso, garantiza a los habitantes del país el derecho a ocurrir ante un órgano judicial en procura de justicia; y también del principio de la división de los poderes, cuya adecuación a las necesidades de la vida contemporánea no autoriza un total desposeimiento de atribuciones en perjuicio del Poder Judicial."

"Si las disposiciones que gobiernan el caso impiden a las partes tener acceso a una instancia judicial propiamente dicha... existe agravio constitucional originado en privación de justicia... a raíz de preceptos legales que lisa y llanamente excluyen la debida intervención judicial."⁸

Aún así, esto aparece insuficiente conforme la postura de aquellos que critican la teoría de la subsanación —base del fallo recién mencionado— quienes expresan: "Parece una notoria falta de justicia que no se exija en todos los casos suficiente defensa en sede administrativa bajo el argumento de que basta con que exista esa posibilidad en sede judicial para subsanar el estado de indefensión administrativa".⁹

⁸ CSJN, Fallos, 247:1960, "Fernández Arias c/Poggio".

⁹ Manusovich, Patricia: "Garantía de defensa y subsanación de vicios en el procedimiento administrativo a la luz de la jurisprudencia", JA, 6137, 14/4/1999, p. 15.

También este criterio adquiere particular relevancia por lo que más adelante diré en orden al control judicial de las decisiones de expulsión.

4. *Naturaleza de la expulsión*

Aunque el acto de expulsión es un acto de gobierno, la expulsión en sí misma es una pena, tal como en general lo reconoce la doctrina penal, aunque Soler señala que es de carácter administrativo.

Las distintas razones por las que se puede expulsar a un extranjero podrían conducir a conclusiones distintas.

Por ejemplo, en el art. 17 de la ley 12.331 se menciona a la expulsión como pena accesoria. Éste es un supuesto de discriminación en razón de la nacionalidad, ya que la pena accesoria se impone exclusivamente a los extranjeros que cometen el delito. Por supuesto que esto convierte a la pena en ilegal y afecta el principio de igualdad.

"En materia de igualdad 'en la ley', una norma es inconstitucional si la desigualdad que introduce carece de una justificación objetiva y razonable, basada en un interés constitucionalmente relevante, proporcionada respecto de su finalidad."¹⁰

En el Dec. ley 22.439 de Migraciones, art. 47, se impone como pena accesoria la expulsión respecto del delito de reingreso de un extranjero expulsado.¹¹ En estos dos casos se trata de supuestos en los que interviene el Poder Judicial, ya que se trata directamente de delitos.

Aquí no puede controvertirse que la expulsión es una pena, a mi juicio, ilegal.

También es una pena cuando quien decide la expulsión es un órgano del Poder Ejecutivo y no del Poder Judicial; aún más, agrava la inconstitucionalidad de tal decisión, ya que a la ilegalidad de la pena en sí misma, se adiciona la ilegalidad que deriva del órgano que decide la aplicación, cual es el Poder Ejecutivo, violando francamente el art. 109 de la Constitución Nacional.

En este sentido, se ha dicho hace ya mucho tiempo: "La 'pena' en Derecho es el padecimiento físico o moral que el poder

¹⁰ Kiper, Claudio Marcelo: *Derechos de las minorías ante la discriminación*, Hammurabi, 1998, p. 116.

¹¹ Sobre este aspecto, ver Frondizi, Arturo: "¿Constituye delito el regreso al país de un extranjero expulsado en virtud de la Ley 4144 de Residencia?", *LL*, 12-26.

social impone, en general consiste en la privación de algún bien o derecho de los que las leyes reconocen a los individuos que están bajo su protección. Por eso, la Constitución afirma el principio de que nadie será obligado a hacer lo que la ley no manda ni privado de hacer lo que la ley no prohíbe. Claro es que para que la privación de un derecho resulte 'pena' es indispensable que ella sea el resultado de un juicio regularmente iniciado, seguido y terminado. Cuando la privación de un derecho es impuesta sin esas condiciones, no es pena, sino sencillamente una violencia, una opresión, un acto de tiranía, tanto menos disculpable cuando más innecesaria sea esa violencia".¹²

5. Causas de expulsión y autoridad que la dispone

5.1. Decididas por la Dirección Nacional de Migraciones

Están contempladas en los arts. 37, 38 y 39 del dec. ley 22.439/81. Corresponde en supuestos de constatación de ilegalidad de ingreso o permanencia, cancelación de admisión o residencia temporaria, transitoria o precaria, ingreso por lugares no habilitados o elusión del control migratorio de cualquier forma.

En estos casos, conforme a los arts. 78 y 80 de la norma migratoria la decisión es sólo apelable ante el Ministerio del Interior, sin ulterior recurso.

5.2. Decididas por el Ministerio del Interior

Respecto de extranjeros cualquiera sea su situación de residencia en los siguientes casos:

- 1) Como accesoria a una condena por delito doloso con pena mayor de 5 años.
- 2) Por realizar en el exterior o en el país actividades que afecten la paz social, la seguridad nacional o el orden público.

Estos dos casos son ni más ni menos que una reproducción perfeccionada en su perversión de la ignominiosa ley 4144, llamada de Residencia de Extranjeros, y respecto de la cual existe una abundante obra doctrinaria que la anatematiza, así como jurisprudencia de la Corte, que aunque nunca la declaró incons-

¹² Durá, Francisco: *Naturalización y expulsión de extranjeros*, Coni. Buenos Aires, 1911. pp.199 y ss.