

# EL ESTADO Y LA EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS

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").

## Introducción

Desde que en 1902 se dicta la ley 4144 que otorga la facultad al Poder Ejecutivo de expulsar extranjeros, sin garantía de trámite alguno y sin ningún control judicial se han sucedido las críticas a la misma. Las razones que llevaron al dictado de esa ley fueron consecuencia de un estado de alteración derivado de una serie de huelgas cuya eficacia ponía en riesgo los intereses de la clase dominante. En realidad, la expulsión de extranjeros fue un mecanismo integrante del aparato represivo de los gobiernos ante la intolerancia de la aristocracia por los intentos de las clases obreras de mejorar su situación. En aquellos tiempos la proporción de extranjeros con relación a los nacionales era muy superior a la actual, sin embargo, se apuntó en especial a los trabajadores anarquistas cuyas ideas y capacidad de lucha pusieron en disputa la santa paz de las pampas.

El número de personas que fueron expulsadas como consecuencia de la ley de residencia (en su mayoría italianos y españoles)

fue muy importante, pero no lograron su objetivo oculto, aunque la presencia de los anarquistas activos disminuyó. Los obreros siguieron luchando, se formaron los sindicatos, continuaron las huelgas, hubo publicaciones que denunciaban los atropellos cometidos por las autoridades.

La historia se repite: "La expulsión de extranjeros durante la llamada "Revolución Argentina" formó parte del aparato represivo y de seguridad: allanamientos, detenciones, estado de sitio, pena de muerte, represión del comunismo, funcionamiento de tribunales para juzgamiento de estudiantes y obreros, clausura de diarios, periódicos y revistas. Antes del "cordobazo", el 28 de mayo de 1969, el gobierno nacional restauró la ley de residencia, por lo cual podía proceder sin más trámites a la expulsión de los extranjeros, sin el debido proceso, sujetos a deportación sin mediar delito alguno".<sup>1</sup>

El decreto ley de migraciones que hoy rige, dictado en 1981, reproduce el texto de

<sup>1</sup> Eduardo Giordani, "Una Historia Negra: La Ley de Residencia", en *Revista Todo es Historia*, n° 226, febrero de 1986.

la ley de residencia, y es por ello que todo lo que se dijo sobre ésta, es perfectamente válido para la actual situación.

Mientras subsista una norma que permita al Poder Ejecutivo expulsar a un extranjero, cualquiera sea su situación de residencia, invocando razones que afecten la paz social, la seguridad nacional o el orden público, y esta calificación pueda ser hecha por el Poder Ejecutivo, sin control judicial al menos, puede afirmarse que la inseguridad de los habitantes es moneda corriente. Los extranjeros son en general un grupo heterogéneo pero siempre menos protegido que los nacionales. Están expuestos a ser utilizados como chivos expiatorios ante situaciones que alteren la armonía. Si pensamos los momentos que se están viviendo en nuestra República, no es difícil conceder que es posible utilizar a los extranjeros como causantes de algunos de los males que nos aquejan. De ahí a una persecución indiscriminada hay menos de un paso, y esta situación se ve facilitada por la existencia de una norma que, aunque claramente contradictoria con la Constitución, persiste vigente. Podrá argumentarse que por el momento no se utiliza, pero ello ni siquiera es cierto, ocurre que no llegan a los Tribunales los numerosos casos de extranjeros que son expulsados como un mero acto de poder por la autoridad migratoria, pero la norma en análisis va más allá y se encuentra allí, a mano del Ejecutivo que puede recurrir a ella. Llamar la atención es, según entiendo, un imperativo. Obtener la derogación, una medida de salud constitucional.

Me propongo hacer una breve reseña de la normativa vigente, su contenido y eficacia, así como una crítica a la misma, porque, en definitiva, constituye un baldón del que debemos desprendernos, una vergüenza que sólo podrá ser purgada con la derogación de las normas represivas e injustas y, además, con la for-

mulación de un régimen de inmigración respetuoso de los derechos y garantías que nuestra Constitución reconoce a todos sus habitantes.

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".<sup>2</sup>

## Las leyes en el tiempo

La ley 4144 fue dictada el 23/11/1902 y faculta al Poder Ejecutivo a: 1) expulsar a todo extranjero condenado o perseguido por Tribunal extranjero por crímenes comunes; 2) expulsar a todo extranjero "cuya conducta comprometa la seguridad nacional o perturbe el orden público"; 3) impedir la entrada de extranjeros que se encuentren en esas condiciones; y 4) detenerlo preventivamente.

Esta ley fue derogada por la ley 14445 del 1/7/1958 que, además, dejó sin efecto todas las expulsiones dictadas en virtud de la ley 4144.<sup>3</sup>

La ley 7029 (30/6/1910), llamada de "defensa social", prohibió toda asociación o reunión de personas que tengan por objeto la propagación de las doctrinas anarquistas, creó

<sup>2</sup> S.T.J.Mendoza, voto de la Dra.A.Kemelmajer de Carlucci, in re "Sanhueza, Fernando F.", 23/3/96, en L.L.1996-C-525.

<sup>3</sup> Sobre este aspecto es interesante ver: "¿Constituye delito el regreso al país de un extranjero expulsado en virtud de la ley de residencia 4144?", por Arturo Frondizi, en L.L.12-26 y s.s. Frondizi proyectó una tesis doctoral sobre el tema durante los años 1943/44 para lo cual realizó estudios y consultas de la doctrina nacional y extranjera. El trabajo no lo completó por su dedicación a la política. Siendo ya Presidente, al dictarse la ley 14445 que derogó la ley de residencia, expresó: "Cuánto trabajo inútil, pero por fin se liquidó esa iniquidad" - Este dato proviene de una misiva particular dirigida por Napoleón Cabrera, a la sazón colaborador de Frondizi en aquellos años.

un delito consistente en el retorno al país de quienes fueron expulsados por la ley 4144 de tres a seis años de prisión, y agrega la facultad de expulsar a todo el que comprometa la seguridad nacional.

El dec.ley 18235, publicado el 6/6/69, recrea la ley 4144 estableciendo similares supuestos que aquella con relación a los extranjeros residentes permanentes, el art.1 inc.c) dice: "cuando realizare en la República actividad que afecte la paz social, la seguridad nacional o el orden público". Esta es una facultad del Poder Ejecutivo Nacional, sin recurso alguno, completada con el poder de detención de la persona a expulsar.

La ley 20509 (27/5/73) dispuso la pérdida de eficacia de esta norma.

El dec.ley 22439 (publicado el 27/3/81) vuelve a las andadas, y en el art.95 otorga la facultad al Ministerio del Interior, con un único recurso administrativo ante el Poder Ejecutivo, de expulsar extranjeros "cualquiera sea su situación de residencia". En el inc.b) se menciona que recae esta facultad respecto de quien realizare en el país o en el exterior -este añadido universaliza la cuestión- actividad que afecte la paz social, la seguridad nacional o el orden público.

La facultad de expulsar extranjeros también la posee la Dirección Nacional de Migraciones en diversos supuestos consignados en la norma mencionada, con facultades de detención y sin recurso judicial alguno. Este aspecto merece consideraciones especiales que exceden largamente el objetivo de este trabajo.

Este es pues el panorama normativo y su secuencia temporal existente en la República Argentina.

Cabe resaltar que la expresión "cualquiera sea su situación de residencia" contenida en las normas que permiten la

expulsión de extranjeros, implica que todo extranjero residente legalmente reconocido se encuentra expuesto a esta medida, es decir, pende una amenaza absurda e injusta sobre el mismo, por el sólo hecho de ser extranjero, sin importar el tiempo de residencia, estableciendo una discriminación entre nacionales y extranjeros repudiada por la Constitución Nacional y los tratados internacionales.

### Opiniones sobre la ley de residencia

Con algunos matices, tal como se dijo, el texto del art.95 del dec.ley 22439 es similar a lo dispuesto por la ley 4144, llamada Ley de Residencia, y el decreto ley del gobierno de facto 18235/69.

La ley 4144 fue denominada "monumento permanente de arbitrariedad inconstitucional" porque "el Poder Ejecutivo lo es todo en esta ley: fiscal que acusa al extranjero: juez que lo juzga; gendarme que lo prende y expulsa; más aún: El Poder Ejecutivo mismo define el delito, forma en cada caso la ley que lo declara a los efectos de la penalidad"<sup>4</sup>

También se ha denominado a la ley de residencia "instrumento político de carácter represivo".<sup>5</sup>

Esto implica: "la concesión al Poder Ejecutivo de facultades absolutamente discrecionales sobre las personas de los extranjeros residentes en la República"<sup>6</sup>

"Atribuir al P.E facultades de expulsión sin recurso judicial, es también peligroso y fuente de perturbación social... otra interpretación implica erigir al P.E. en árbitro de la libertad y bienes de todos los habitantes, lo que es inadmisibles en un Estado de derecho y en un Estado democrático. Es urgente pues la derogación de la ley y, si se quiere, la sanción de

<sup>4</sup> Durá, Francisco, "Naturalización y expulsión de extranjeros", Imprenta. Coni, Buenos Aires, 1911, págs. 206 y 185.

<sup>5</sup> José Canasi, Derecho Administrativo, Tomo III, Ed. Depalma, 1976, p.105.

<sup>6</sup> Alberto M. Justo: "Ley de residencia n.º 4144", en ADLA 1.889-1919-pág.361.

otra que contemple todos los principios constitucionales y no que los viole como ocurre con la ley 4144".<sup>7</sup>

Son innumerables las críticas que se han hecho a la ley de residencia por los más prestigiosos autores nacionales, así como las decisiones jurisprudenciales que aunque nunca declararon la inconstitucionalidad de la ley 4144 (salvo magníficas disidencias de Jueces de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, como el Dr. Sagarna), siempre analizaron de modo muy estricto las posibilidades de aplicación de esta ley, admitiendo constantemente como medios idóneos la interposición de hábeas corpus o amparos, en realidad, no porque cabalmente lo fueran, sino porque no existen otros.

La historia recoge, sin embargo, la expulsión de numerosos extranjeros invocando la ley de residencia, la discrecionalidad sin control con que se aplicó, las graves consecuencias personales que ello causó y la afectación al prestigio nacional que fue su consecuencia.

"Afortunadamente, la Constitución argentina permite sostener que cualquier ley que permita la deportación de extranjeros como simple medida policial, sin intervención de los jueces, es nula e ilegal por violar nuestra organización constitucional misma"<sup>8</sup>

Todo lo que se ha dicho, que debiera ser historia, es lamentablemente una realidad. La misma norma, escondida dentro de la ley de migraciones, sigue viva y todos los extranjeros "cualquiera sea su situación de residencia" en abierta violación a lo dispuesto en el art. 20 de la Constitución Nacional, por virtud de un acto del Poder Ejecutivo, sin control judicial, es decir, sujeto al mero arbitrio de lo que el gobierno de turno califique como que afecta la paz social, la seguridad nacional o el orden público, se encuentran en riesgo de ser expulsados.

Linares Quintana resume el cúmulo de preceptos constitucionales que este tipo de leyes

viola expresando que al autorizarse la expulsión sin forma alguna de juicio se violan los arts. 18 porque ningún habitante puede ser penado sin juicio previo ni sacado de sus jueces naturales, 109 que prohíbe al Presidente el ejercicio de funciones judiciales, 16 que establece la igualdad de los habitantes ante la ley, todos de la Constitución Nacional (versión 1994), y afirma: "la aplicación práctica de esta ley ha excedido todavía los propósitos tenidos en vista al ser sancionados y ha hecho aún más evidente su inconstitucionalidad" y cita a Sánchez Viamonte quien expresó que: "la aplicación de sus preceptos suele hacerse con criterio discrecional y alguna vez con propósitos de persecución por ideas políticas o sociales".<sup>9</sup>

Pervive, pues, una norma que permite la persecución ideológica, de triste historia en nuestro país, que repugna los sentimientos democráticos y afecta la seguridad jurídica.

### Naturaleza del acto de expulsión

La doctrina distingue entre los actos del Estado, a los actos institucionales y a los actos de gobierno.

"El acto de gobierno, se caracteriza por: a) ejecuta directa e inmediatamente una norma constitucional; b) es un acto jurídico, tiene por objeto esencial y directo producir efectos de derecho respecto de terceros. Tales efectos, señala Marienhoff, trascienden la esfera interna de la Administración Pública, ubicándose en lo externo; c) es dictado en ejercicio de actividad reglada y/o discrecional...; es discrecional su emisión pero reglado su procedimiento y sustanciación; d) tiene idéntico régimen jurídico que los actos administrativos, e) es revisable, enjuiciable, controlable jurisdiccionalmente; f) en su estructura el acto de gobierno o político es exclusivamente unilateral, y en su alcance individual o particular."

<sup>7</sup> Alberto G. Spota, "Régimen jurídico de la inmigración", LL 24-147, Sección doctrina.

<sup>8</sup> Horacio N. Castro Dassen, "Expulsión de extranjeros", LL 80-837.

<sup>9</sup> "Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional Argentino y comparado, Parte Especial", Tomo II, Ed. Alja, Buenos Aires, 1956, págs. 586 y ss.

“La diferencia entre actos de gobierno y actos administrativos es sólo de efectos didácticos, pero ambos se rigen por los mismos principios esenciales y generan idénticas consecuencias. El régimen jurídico de estas categorías de actos en lo fundamental obedece a principios similares; se trata de una diferencia de hecho, de grado, meramente conceptual, no una diferencia de derecho, de interés jurídico: Tanto el acto administrativo como el acto de gobierno son revisables judicialmente de acuerdo con la formulación de la teoría del acto institucional. Las notas diferenciadoras del acto de gobierno con el acto administrativo, son señaladas por la diversa perspectiva teleológica de dichos actos; están en grados distintos. Los actos de gobierno son de competencia exclusiva del órgano ejecutivo y/o legislativo, no así los actos administrativos que pueden ser emitidos por cualquier órgano estatal de jerarquía constitucional o infraconstitucional. Los actos de gobierno que podemos señalar en el Derecho Constitucional Argentino son: a) indulto; b) expulsión de extranjeros; c) prohibición de entrada de extranjeros al país; d) algunos tratados internacionales que por su naturaleza puedan o deban incidir en la esfera jurídica de los administrados”<sup>10</sup>

“La expulsión, no obstante tratarse en la especie de un acto de “gobierno” o “político”, ha de efectuarse cumpliendo con las garantías esenciales del debido proceso legal: así, no podrá expulsarse válidamente al extranjero sin que previamente se le haya dado oportunidad de exponer las razones y aportar las pruebas que crea oportuno en su defensa. Es esto lo mínimo que todo hombre, por su sola calidad de tal, por su calidad de persona humana, tiene derecho a exigirle a un Estado civilizado: la oportunidad de defensa, el ser oído previamente, pertenece a la llamada “justicia natural”, postulado vigente en todos los pueblos libres”.<sup>11</sup>

Es entonces, en el aspecto analizado el acto de expulsión un acto de gobierno, resaltándose que debe ser revisable judicialmente, y, además, debe mediar garantía del debido proceso.

### La facultad de expulsión en los Tratados y en la Constitución

La posibilidad de expulsar extranjeros está presente en los Tratados que han sido incorporados a la jerarquía constitucional, y así el art. 22.6 del Pacto de San José de Costa Rica (ley 23054) establece que un extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado Parte sólo podrá ser expulsado en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley. El art. 22.8 y .9 prohíben la expulsión de un extranjero a un país donde se ponga en peligro su vida o libertad personal, así como la expulsión colectiva de personas. En sentido similar el Pacto Internacional de Derechos Económicos y Sociales (ley 23313) en su art. 13, entre otros.

Si a lo expresado le oponemos la disposición del art. 20 de la Constitución Nacional y fundamentalmente los derechos contenidos en el art. 14, encontraremos que en los Tratados Internacionales se permite más que lo que la Constitución tolera. Esto es así en la medida que se acepte lo que más adelante explicaremos en cuanto al concepto de “habitante”.

En opinión de Bidart Campos: “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”.

<sup>12</sup>

<sup>10</sup> José Roberto Dromi, “Instituciones de Derecho Administrativo”, Astrea, Capital Federal, 1979, págs. 120 y s.s.

<sup>11</sup> Miguel S. Marienboff, “Tratado de Derecho Administrativo”, Tomo II, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1966, pág. 716.

<sup>12</sup> “Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino”, Tomo I, Ediar, Capital Federal, 1995, pág. 227.

## El control jurisdiccional de los actos del Estado

"No pueden admitirse facultades ilimitadamente discrecionales ni tampoco que, so color de "discrecionalidad", se vulneren impunemente las garantías y derechos consagrados en la Constitución. El Poder Ejecutivo debe necesariamente obrar dentro de la legalidad y todo acto, que emane de una facultad reglamentada o discrecional, debe estar de acuerdo con lo que la ley, en sentido lato, establece o manda. No se cumple con la ley con respetarla en su forma pero no en su fin; toda norma jurídica tiene una virtud: su justicia, porque si el derecho no es justo ha de ser repudiado, aunque obedecido sólo por temor, y desgraciado el pueblo que respeta las instituciones sólo por temor al castigo".<sup>13</sup>

Se ha dicho que: "bajo la Constitución Nacional todos los actos del Poder Ejecutivo que afecten derechos de los habitantes serán, en principio, judicialmente revisables" (Guastavino, p.286). Salvo excepciones, como los actos puramente institucionales, los actos de gobierno son revisables judicialmente cuando la discrecionalidad es ejercida de un modo lesivo de garantías constitucionales".<sup>14</sup>

El Tribunal administrativo no es juez natural porque no se le exige lo que es imprescindible para un juez natural, pero de alguna manera se toleran sus torpezas siempre que existan lo que se ha dado en llamar "control judicial suficiente". Aunque no comparto esta postura, puesto que según mi criterio las garantías deben ser respetadas en el trámite administrativo, hay que admitir que en la actualidad el punto de vista predominante, derivado de la denominada "teoría de la subsanación", es el que se menciona al comienzo del párrafo.<sup>15</sup>

"La doctrina según la cual es válida la creación de órganos administrativos con facultades jurisdiccionales, no supone la posibilidad de un otorgamiento incondicional de tales atribuciones. La actividad de esos órganos se encuentra sometida a limitaciones de jerarquía constitucional que no es lícito transgredir, entre las que figura, ante todo, la que obliga a que el pronunciamiento jurisdiccional emanado de órganos administrativos quede sujeto a control judicial suficiente. 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

<sup>13</sup> Roberto Enrique Luqui, "El examen de razonabilidad de los actos administrativos por el Poder Judicial", L.L.132-397.

<sup>14</sup> Ricardo Lorenzetti, "La acción de amparo para la participación de las asociaciones en el control de los servicios públicos", L.L.19/02/97, pág.9.

<sup>15</sup> Ver una reseña en Juan Bosch, "La actividad jurisdiccional de la Administración Pública y la garantía del debido proceso, en Rev. La Ley del 6/12/1996.

en privación de justicia... a raíz de preceptos legales que lisa y llanamente excluyen la debida intervención judicial. Ningún objetivo político, económico o social tenido en vista por el Poder Legislativo, cualquiera sea su mérito, alcanzaría a justificar la total sustracción al conocimiento de los jueces ordinarios... Admitir la legitimidad de (este tipo de leyes), en cuanto comportan el total desposeimiento de atribuciones del Poder Judicial, importaría tanto como autorizar la supresión o cuando menos la omisión del principio de la división de poderes, sin cuya vigencia la forma republicana de gobierno queda sin base que la sustente y, en consecuencia, las funciones estatales resultan potencialmente desquiciadas con el consiguiente desamparo de las libertades humanas. Es falsa y debe ser desechada la idea de que la prosperidad general, buscada a través de los medios del art.67, inc.16, ( hoy 75 inc.18) de la Constitución Nacional, constituye un fin cuya realización autoriza a afectar los derechos humanos o la integridad del sistema institucional vigente... El art.95 (hoy 109) de la Constitución Nacional guarda una relación íntima con el 18, de modo que se tornarían inconstitucionales las normas que no otorgasen al menos una instancia judicial para el debate de los intereses jurídicos en pugna... Aún cuando el art. 95 de la Constitución Nacional fuese interpretado con amplitud admitiendo la intervención de organismos administrativos en funciones propias de los jueces, el art. 18 exige que siempre exista una instancia judicial donde, al revisarse lo resuelto por aquellos organismos administrativos, siga rigiendo sustancialmente el cardinal principio de que la decisión final corresponde al Poder Judicial de la Nación o de las Provincias según el caso...<sup>16</sup>

Es también de señalar que esta posición es mantenida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en su actual composición<sup>17</sup> por lo que puede afirmarse que el control judicial

suficiente consiste en el reconocimiento a los litigantes del derecho de interponer recurso ante los jueces ordinarios, lo que se aviene con las normas internacionales citadas al principio, y, además, que la autoridad administrativa no tiene la potestad de dictar resoluciones finales en cuanto a los hechos y al derecho controvertido, con lo que se mantiene la prohibición contenida en el art.109 de la Constitución Nacional (antes art.95) que inhibe al Ejecutivo ejercer funciones judiciales; por ende las normas que impidan o excluyan el derecho a interponer un recurso idóneo ante la Justicia, privando de todo control judicial al acto administrativo, son inconstitucionales.

Este es el caso del art. 95 del Dec.Ley de Migraciones y los demás que autorizan a ese organismo a expulsar sin recurso judicial alguno.

### El concepto de "habitante" que equipara a nacionales y extranjeros y sus consecuencias

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".<sup>18</sup>

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

<sup>16</sup> Extractado del voto de los Señores Ministros Doctores Luis María Boffi Boggero y Pedro Aberastury en la causa "Elena Fernández Arias y otros v. José Poggio (sucesión)", C.S.J.N., Fallos: 247-1960.

<sup>17</sup> Ver:Castillo, Antonio M. y otros" del 11/07/96, publicada en el Suplemento de Derecho Constitucional de La Ley del 13 de diciembre de 1996, pág.23.

<sup>18</sup> C.S.J.N., in re:"Maciá y Gassol", Fallos 151:211.

nacional, lo habilitan para invocar la garantía constitucional de permanecer en el territorio".<sup>19</sup> "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 de residencia núm. 4144; también lo es el 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".<sup>20</sup>

Como puede advertirse con este concepto de habitante, cuya amplitud salta a la vista puesto que incluye aún 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".<sup>21</sup>

### Remedios existentes, su insuficiencia

Para obtener el acceso a la jurisdicción, derecho reconocido tanto por la Constitución Nacional como por los Tratados, desde antiguo

se han utilizado el recurso de hábeas corpus o el amparo.

En general se ha tratado de casos de personas respecto quienes se había decretado su expulsión y, en muchos casos, se encontraban detenidas a la espera de que la medida se hiciera efectiva. Es de hacer notar que algunos supuestos están directamente relacionados con la ley de Residencia, y otros con decretos de expulsión consecuentes a declaraciones de ilegalidad resueltas por la autoridad migratoria.

Cabe poner énfasis en lo antedicho en la medida que en el presente trabajo se analiza la facultad de expulsión otorgada al Poder Ejecutivo por la ley de Residencia y sus prolongaciones (actualmente el art. 95 del dec. ley 22439), sin adentrarnos en los otros supuestos susceptibles de una medida expulsiva, tan inconstitucionales como el aquí estudiado, pero que exceden el objetivo del presente trabajo.

Pero lo cierto es que la posibilidad de recurrir por vía de amparo o hábeas corpus no satisface la cláusula de acceso a la jurisdicción. En todos los Tratados se otorga el derecho a toda persona a la protección judicial mediante un recurso sencillo y rápido con las debidas garantías y en un plazo razonable ante Juez o Tribunal competente, independiente e imparcial; y se impone como obligación a los Estados el desarrollo de posibilidades de un recurso judicial.

Tampoco el recurso extraordinario es suficiente: "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. Si las disposiciones que gobiernan el caso impiden a las partes tener acceso a una instancia judicial propiamente dicha, como lo hace la norma procesal que el recurrente tacha de inválida, existe agravio constitucional originado en privación de justicia".<sup>22</sup>

<sup>19</sup> C.S.J.N. in re: "Sosa, Lino", marzo 23-1936, L.L. 82-362 y s.s.).

<sup>20</sup> Véase causa: "Rodríguez, Eladio", C.S.J.N., y Alberto G. Spota, "La Ley de Inmigración y las garantías constitucionales", en J.A. 1944-I-1970.

<sup>21</sup> (Prábalo - Rafael Bielsa - en L.L. 82-363).

<sup>22</sup> C.S.J.N., in re "Recurso de Hecho en Madala, Adolfo Daniel s/ recurso de queja", Fallos 305-129. Lo mismo se dijo en la causa "Fernandez Arias" citada en la nota 16.

## LA PERSONA

Va de suyo que no considero al recurso administrativo, único por otra parte contemplado en las normas que facultan la expulsión, como aquel al que se refieren los Tratados o el art. 18 de la Constitución Nacional. Por lo tanto si no existe el recurso judicial debe instrumentarse y mientras esto no se produzca salta a la vista la inconstitucionalidad de la ley de Migraciones.

El procedimiento ante la autoridad migratoria no respeta mínimamente las garantías de defensa y asistencia del administrado, por lo que no prever un recurso contra el acto administrativo es directamente otorgar facultades al Poder Ejecutivo que son exclusivas y excluyentes del Poder Judicial.

Recientemente se ha expresado con relación a la expulsión que: "debe ejercerse de conformidad con el derecho de gentes, y la expulsión debe ser adoptada conforme a la ley. No es dudoso en este sentido que el llamado derecho internacional de los derechos humanos ha alcanzado un consenso tal entre los Estados, de los cuales puede deducirse que los Estados están obligados a llevar a cabo la expulsión conforme a la ley que en cada caso lo regula. Así p. ej., lo imponen el art. 6° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; el art. 22, inc. 6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica, aprobado por ley 23.054; el art. 32, inc. 2, sobre la Convención sobre el estatuto de los refugiados, aprobado por ley 15.869. En el orden interno, esta Corte consideró asimismo que era contraria a los arts. 14 y 20 de la Constitución Nacional una expulsión realizada sin ley que la autorice y ordenada por quien no tenía facultad de disponer la expulsión (Fallos: 151:211). Que de allí se deriva la proscripción de procedimientos de expulsión arbitrarios (art. 9° Declaración Universal de Derechos Humanos) y la exigencia de que el Estado que practica la expulsión

garantice al expulsado el derecho a un recurso ante sus tribunales para que, mediante un procedimiento tramitado en legal forma ante jueces imparciales e independientemente lo ampare contra la violación de sus derechos (arts. 8 y 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; arts. 13 y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la Organización de las Naciones Unidas, aprobado por ley 23.313; arts. 7, inc. 6 y 8, inc. 1, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; art. 32, inc. 2 de la Convención sobre el estatuto de los refugiados). También en este punto existe coincidencia entre las garantías fundamentales reconocidas por el derecho de gentes y la jurisprudencia de esta Corte que ha interpretado que el art. 18 de la Constitución Nacional presupone, por parte del Poder Ejecutivo, la obligación de notificar la expulsión al extranjero creándole la posibilidad de defenderse en forma breve y sumaria (Fallos: 164:344)".<sup>23</sup>

En igual sentido se ha expresado que: "El apartado I del artículo 9 de la Directiva 64/221 para la coordinación de las medidas especiales para los extranjeros en materia de desplazamiento y de residencia, justificadas por razones de orden público, seguridad y salud públicas, debe interpretarse en el sentido de que, salvo en caso de urgencia, prohíbe a la autoridad administrativa adoptar -contra un nacional comunitario que reside legalmente en el territorio nacional, que sea titular de una autorización de residencia o que no esté obligado a poseerla -una decisión de expulsión antes de que una autoridad competente haya emitido su dictamen".<sup>24</sup>

### Naturaleza de la expulsión

La expulsión es una pena. En general la doctrina penal así lo reconoce.<sup>25</sup>

<sup>23</sup> Voto del Dr. Boggiano, en la causa "Nadel León", en L.L. 1994-A-195.

<sup>24</sup> Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas - sala sexta - sentencia del 30-11-1995, asunto C-175/94: "The Queen vs. Secretary of State for the Home Department, ex parte: John Gallagher", en: Revista Investigaciones I (1997), Secretaría de Investigación de Derecho Comparado, C.S.J.N., pág. 24 y s.s.

<sup>25</sup> Soler, "Derecho Penal Argentino", Tomo II, Ed. La Ley, 1945, pág. 450; Terán Lomas, "Derecho Penal Parte General", Tomo II, Ed. Astrea, 1980, pág. 431; Miñer, "Derecho Penal, Parte General; Tomo II, Ed. Omeba, 1960, pág. 442; Zaffaroni, "Manual de Derecho Penal, Parte General", Ediar, 1982, pág. 620.

Señalan, además, su carácter accesorio, aunque para Soler es de carácter administrativo en la ley de Residencia, y para Zaffaroni, además de ser una pena, es inconstitucional, tal como nosotros pensamos.

Ya en el debate parlamentario de la que terminó siendo ley 4144 el Diputado Gouchon expresó: "La Constitución se hizo para todos, no sólo para los argentinos y no se puede penar con la expulsión, ya que ésta tiene carácter de sanción y por la misma Constitución nadie puede ser penado sin juicio previo. Sancionada esta ley, los extranjeros establecidos en el país desde largos años, que han contribuido con su trabajo fecundo a la obra de nuestro progreso, ellos, que han llevado la población a todos los extremos de la República, que han levantado nuestros emporios de comercio, que han transformado todo de los argentinos en la obra material de nuestro progreso, y que cuando ha sido necesario han mezclado su sangre a la nuestra en los campos de batalla para defender el honor y la bandera nacional; esos extranjeros que han venido bajo la garantía consignada en nuestra Constitución, después de la sanción de esta ley quedarán fuera de su amparo, expuestos a ser juzgados, es decir, a ser expulsados del país, a ser condenados sin juicio previo".

"La ley 4144 es violatoria de los arts. 14, 18, 20 y 95 de la Constitución Nacional, al atribuir al Poder Ejecutivo la facultad de expulsar a todo extranjero cuya conducta, a su juicio, comprometa la seguridad o perturbe el orden público, pues se trata, genéricamente, de una pena que no puede ser dispuesta sino por sentencia judicial después de un proceso reglado donde el extranjero lo mismo que el nacional, pueda defenderse ante jueces independientes y serenos, ajenos a las pasiones del momento, sin otra guía que la Constitución y la ley y sin otro fin que la verdad y la justicia".<sup>26</sup>

La situación es más grave aún y así se ha señalado: "si la ley 4144 estableciera que se

expulsará a los extranjeros que específicamente incurran en tal o cual figura delictiva tipificada por la misma ley, evidentemente estaríamos frente a una pena en el concepto clásico del estado liberal, con su división de poderes. La ley sería, desde luego, inconstitucional, porque el Poder Ejecutivo no puede aplicar penas a los habitantes, como hemos señalado al analizar las disposiciones constitucionales vigentes. Pero lo grave es que, dado que no se sanciona una conducta antijurídica, por la enorme amplitud de los términos que emplea la ley estudiada: "extranjero cuya conducta comprometa la seguridad nacional o perturbe el orden público" (art.2º), no estamos ni siquiera frente a una pena, en el sentido técnico y prescindiendo de quien la aplica, sino simplemente frente a la arbitrariedad. ... Si se inflige un mal a quien no es reconocido culpable, o por quien no tiene la autoridad para ello, o sin ley que lo comine, o de modo arbitrario, eso será una venganza, una violencia, pero no una pena en el sentido jurídico... El problema se sintetiza pues de la siguiente forma: a) la expulsión no es una "pena" en el sentido técnico y restringido de la teoría penal; b) es, en cambio, una "pena" en el sentido constitucional, y su aplicación por el Poder Ejecutivo implica el ejercicio de funciones judiciales prohibidas por el art.90 de la Constitución nacional; c) la ley es inconstitucional porque, sea considerada o no como una pena, implica facultades extraordinarias y el ejercicio de la suma del poder público por el Presidente de la República, lo que también prohíbe el art.20 de la misma Constitución..."<sup>27</sup>

"La "pena" en derecho es el padecimiento físico o moral que el poder 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

<sup>26</sup> C.S.J.N., causa: "Becker", L.L.43-727, en el voto de los Dres. Sagarra y Ramos Mejía.

<sup>27</sup> Horacio Castro Dassan, *op cit.*, págs.849 y sigtes.

## LA PERSONA

“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, una acto de tiranía, tanto menos disculpable cuando más innecesaria sea esa violencia”.<sup>28</sup>

### Facultad de detención

Es significativo que mientras que de una parte se afianza la concepción de que debe rodearse de las máximas garantías la actuación que conduzca a la detención de una persona, de otra subsistan normas como las contenidas en la ley de migraciones que permiten la detención administrativa sin orden judicial de autoridad competente, ni control judicial alguno.

Esta facultad de disponer la detención se opone a lo establecido en el Pacto de San José de Costa Rica (arts. 7.5 y 7.6) ley 23054, y el Pacto Internacional ley 23313 (arts. 9.3 y 9.4).

“Otra cuestión que se ha suscitado es si el extranjero puede ser detenido por el Poder Ejecutivo, mientras se cumple la orden de expulsión. La Corte resolvió en el caso “Cantor” que éste o debía ser expulsado o puesto en libertad en el término de 24 horas, por cuanto el Poder Ejecutivo no podía prolongar indefinidamente su detención, alegando que no había podido obtenerse la documentación que comprobaba la nacionalidad de aquél”.<sup>29</sup>

“La facultad ejecutiva para prolongar la detención, en el país, de una persona en él domiciliada, aún a fines de hacer efectiva la expulsión legal, más allá de los términos en que esa medida precautoria se convierte en pena sin ley, en este caso 19 meses, sin juicio, sin plazo, y

aplicada por un Poder que aún en el Estado de Sitio, no tiene esa facultad... los tribunales en cada caso pueden y deben estudiar si la detención excede o no lo prudencial, con arreglo a las circunstancias para atajar el abuso o exceso”.<sup>30</sup>

Hasta en 1979 se sostuvo: “La privación de libertad puede jurídicamente resultar de un proceso (art. 18, Constitución Nacional) o del estado de sitio (art. 23), pero en ningún supuesto de penas o condenas aplicadas por el órgano político (art. 23 y art. 95)”.<sup>31</sup>

Es muy difícil conciliar la facultad de detención, sin intervención judicial, con el 3er. párrafo del art. XXV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre que expresa: “todo individuo que haya sido privado de su libertad tiene derecho a que el juez verifique sin demora la legalidad de la medida y a ser juzgado sin dilación injustificada o, de lo contrario, a ser puesto en libertad. Tiene derecho también a un tratamiento humano durante la privación de su libertad”.

En el mismo sentido el art. 7.5 y 7.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Podría argumentarse que la detención es consecuencia de un decreto de expulsión y a fin de cumplir tal decisión, sin embargo, no se advierte razón alguna que justifique que la autoridad administrativa disponga medidas que son propias del Poder Judicial, sin que el afectado tenga derecho a control judicial de lo actuado.

### Un proyecto de ley

Se ha presentado un proyecto de reforma parcial del dec. ley de migraciones. Si llega a prosperar, así como está redactado, se profundizará la inconstitucionalidad y el vejamen a la condición humana que la norma contiene.<sup>32</sup>

<sup>28</sup> Francisco Duró, “Naturalización y expulsión de extranjeros”, Imp. Coni Hnos., Buenos Aires, 1911, págs. 199 y sigs.

<sup>29</sup> Pablo A. Ramella, “Derecho Constitucional”, tercera edición actualizada, Depalma, Buenos Aires, 1985, pág. 267.

<sup>30</sup> C.S.J.N., “Cantor Antonio: Hábeas Corpus”, Fallos 180-196.

<sup>31</sup> C.S.J.N., “Timerman, Jacobo”, en LL 1979-D-148.

<sup>32</sup> Conforme consta en la Revista del Trámite Parlamentario de la Cámara de Diputados de la Nación N° 177 del 6 de noviembre de 1996, págs. 7234/7237.

A modo de ejemplo, se propone reformar el art. 95 agregando un inciso que permita la expulsión de todo extranjero cualquiera sea su situación de residencia que: "a) resulte procesado por delito que tenga prevista una pena máxima superior a tres (3) años y su presencia en el territorio nacional no resulte de interés para las autoridades judiciales argentinas".

La Corte ha dicho que el extranjero no puede ser detenido por el Poder Ejecutivo y que éste no puede hacer uso de su facultad de expulsión mientras el extranjero está procesado<sup>233</sup>

Resulta claro que se prescinde olímpicamente del principio de inocencia y se deja de lado la Constitución Nacional en una actitud discriminatoria de tal magnitud que no merece mayores consideraciones ya que se descalifica por sí misma.

Aunque no constituye el objetivo del presente trabajo cabe mencionar que el referido proyecto contiene otras reformas que también afectan principios contenidos en la Constitución Nacional y los Tratados. A modo de ejemplo, se fomenta la delación, otorgando de un lado reserva de identidad y del otro un porcentaje a favor del denunciante, de las multas que se impongan, con lo que se fomenta la "caza del extranjero" y el sentimiento xenofóbico, supuesto de gran peligro dada la situación actual del país. También se desnaturaliza el concepto de habitante al que me referí más arriba disponiendo la posibilidad de cancelación de residencia si el extranjero se ausenta por un término mayor de dos años (si la residencia es permanente), o de un año (si es temporal). Esto choca por cierto con el derecho constitucional de entrar y salir del territorio nacional concedido a los habitantes.

## Conclusiones

En definitiva, el procedimiento administrativo establecido para determinar las

condiciones de residencia de un extranjero no respeta el debido proceso ni el derecho de defensa.

No existe recurso judicial que permita el control judicial suficiente. Se encuentra afectado el derecho a la jurisdicción.

Ni un proceso ordinario posterior, ni el recurso extraordinario, ni el amparo o hábeas corpus son recursos directos previstos en la ley.

Debe como mínimo incorporarse a la instancia revisora de apelación ante la Justicia Federal (la materia lo impone) que permita la consideración de todas las cuestiones involucradas, sean de hecho, prueba o derecho y mientras esto falte la ley de Migraciones es inconstitucional.

Debe derogarse la facultad otorgada al Poder Ejecutivo de expulsar a un extranjero, cualquiera sea su situación de residencia, por ser violatoria del art. 20 de la Constitución Nacional que equipara a los extranjeros en tanto habitantes con los nacionales, y por lo tanto les permite reclamar para sí los derechos y garantías contenidos en la primera parte de la Constitución Nacional.

Es inconstitucional la facultad otorgada para detener a un extranjero sin intervención judicial alguna.

Es de toda necesidad la reforma a la ley de migraciones, eliminando la facultad otorgada al Poder Ejecutivo de expulsar extranjeros y previendo claramente el control judicial de todos los actos administrativos vinculados al trato a los extranjeros.

Mientras esto no ocurra se tiene una deuda con la comunidad, se contradice en la práctica lo que se afirma en la Constitución Nacional, y se mantiene un caso de discriminación normativa que, de un lado es indefendible, y de otro, vergonzoso.

El tema no está agotado, sólo se ha pretendido presentar un breve panorama con la intención de llamar la atención sobre un instituto cuya nefasta trayectoria en la historia nacional ha permitido abusos y daños imposibles de

<sup>233</sup> in re "Becker y otros", Fallos, 205:434.



#### LA PERSONA

reparar. Y esto siempre se ha hecho aún a conciencia de la incongruencia constitucional existente. Hoy, los tratados internacionales constitucionalizados no hacen más que confirmar la vigencia de principios cuya defensa es un imperativo de los juristas y estudiantes y de la comunidad toda.

Todos somos extranjeros, salvo en nuestro propio país. Debemos procurar siempre que nuestros actos no sean considerados heroicos de un lado del río y criminales del otro lado.

