

El inmigrante irregular en la ley 25.871. Otra modificación transversal al derecho argentino^{1, 2}

1. Algunas generalidades sobre la ley 25.871

Una vez hice al calor de la pluma, en otro tórrido mes de enero, una detallada nota a fallo de cuyo error —mi error, el de la nota— siempre he debido pedir disculpas.³ Espero que no me ocurra lo mismo con esta ley, que al calor estival despierta mi exceso de escritura frente al exceso legislativo. Quizás ambos, la ley y yo, estemos escribiendo de más y sin suficiente reflexión. A ambos nos cabe, pues, la advertencia hinduista y occidental sobre el valor del silencio.

Pero yo puedo encontrar varias excusas para entrar en la misma verbosidad legal.⁴ Quizás la principal es que se trata de un tema que afecta, solamente en nuestro país, a

¹ Salvo el § 1, corresponde a la 8ª ed., en preparación, del *Tratado de derecho administrativo*, t. 4, *El procedimiento administrativo*, cap. I, “Las partes en el procedimiento administrativo,” § 5 (nuevo), “El inmigrante irregular.” La 5ª ed. del t. 4 fue argentina (Buenos Aires, FDA, 2002), la 6ª apareció en 2003 en sendas ediciones peruana (ARA editores y FDA) y brasileña (Del Rey Editores y FDA), la 7ª será mexicana (Porrúa, UNAM y FDA, a comienzos de 2004); la 8ª edición será, pues, argentina. Por tratarse de un tema nuevo y una ley especial, tampoco se encuentra, desde luego, en GORDILLO (director) y 43 coautores, “Procedimiento administrativo. Dec.-ley 19.549/1972 y normas reglamentarias. Ley de Procedimientos Administrativos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Comentados y concordados,” Buenos Aires, LexisNexis-Depalma, 2003, no obstante lo cual sugerimos su consulta.

² Utilizamos la expresión hace muchos años para referirnos al tratado interamericano contra la corrupción. Somos, pues, pioneros de la idea de transversalidad: “Un corte transversal al derecho administrativo: la Convención Interamericana Contra la Corrupción,” *LL*, 1997-E, 1091. Reproducido, con modificaciones, en la conferencia “La contratación administrativa en la Convención Interamericana contra la Corrupción,” en V Encuentro de Asesores Letrados Bonaerenses, La Plata, Asesoría General de Gobierno, 1998, ps. 101 a 119. Retomado en “La contratación administrativa en la “Convención sobre la Lucha contra el Cohecho de Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales» (ley 25.319) y en la «Convención Interamericana contra la Corrupción»,” *JA*, 2000-IV-1269 y en “La jurisdicción extranjera. A propósito del soborno transnacional (Ley 25.319 y la CICC),” en Asesoría General de Gobierno de la Provincia de Buenos Aires, VIII Encuentro de Asesores Letrados, Principios de derecho administrativo nacional, provincial y municipal, Buenos Aires, La Ley, 2002, pp. 1-10.

³ “Excepción —sin reconvencción— de usucapión de servidumbre de electroducto en un juicio de desalojo,” nota a fallo, *LL*, 1996-B, 477. Reproducido como cap. X del libro *Después de la Reforma del Estado* Buenos Aires, FDA, 1996. Advertido el error, lo hemos tratado de reparar en “Cómo leer una sentencia”, Actualidad en el Derecho Público, 2000, 14: 29/53, Buenos Aires, 2001; reproducido en *Revista universitaria La Ley*, año III, N° 4, agosto de 2001, pp. 9-21, especialmente § 7.3, “Allevato;” también reproducido como cap. V del libro *Introducción al derecho*, ed. como e-book gratuito en www.gordillo.com, www.gordillo.com.ar; también existe edición en papel y en el mismo sitio de Internet, inglesa: *An Introduction to Law*, Londres, Esperia, 2003, y francesa: “Une introduction au droit,” Londres, Esperia, 2003, ambas con prefacio de Spyridon Flogaitis, director del Centro Europeo de Derecho Público. Espero así que la difusión de que se trata de un error mío supere la difusión del error mismo.

⁴ Es que, como decía LAO TSÉ, XXXVI, “Si quieres debilitar algo,/procura que cobre fuerza primero./Antes de aniquilar algo,/espera que florezca plenamente./ Si quieres privar de algo a alguien,/primero habrás de darle lo bastante.” Lejos de nosotros querer privar a esta ley de la generosidad que por momentos la anima; pero nos parece prima facie tener tantos defectos que pueden finalmente contradecir sus aparentes loables propósitos. En realidad aquí se aplica mejor otro viejo adagio oriental. Como dijo CONFUCIO, “The Sayings of Confucius,” The New American Library, Winnipeg, Canada, 1955, cap. V, § 10, p. 40: “Antes mi actitud hacia los otros era ésta: Habiendo escuchado sus palabras, creía saber cuáles serían sus acciones. Hoy mi actitud es ésta: Después de haber escuchado sus palabras, observo para

cientos de miles de personas y tiene además mucho que ver con el estado actual del mundo y múltiples convenciones internacionales que se están cumpliendo e incumpliendo al mismo tiempo con estas normas, además de la propia Constitución.

En ese contexto se torna absolutamente urgente el más detallado debate al respecto, aun con el riesgo de equivocarse mucho en la primera lectura de la ley. Lástima que ese debate no se haya producido en el Parlamento, y que sus comisiones no hayan llamado, como otras veces hacen, a pedir la opinión gratuita de los expertos. En todo caso, nos toca a todos el deber de contribuir al debate de esta ley, sea ello taciturna o festivamente según nuestros respectivos estados de ánimo —que no tienen por qué ser unívocos—, como la ley tampoco lo es.

La ley menta tipos penales y delitos contrarios al orden público internacional, se refiere a la Corte Penal Internacional, tiene normas de derecho de fondo, comercial, civil, administrativo, procesal administrativo... Demasiado para una sola ley. Ya hemos empleado la expresión de reforma “transversal” al ordenamiento,⁵ pero era en materia de un tratado internacional: Ahora nos toca lo mismo desde el mismo derecho interno.

1.1 Su múltiple entrada en vigencia

Cuando vean nuestros lectores el texto de esta ley comprenderán por qué el Poder Ejecutivo la dejó que quedara promulgada de hecho y no dictó un Decreto de promulgación: Son demasiados los problemas que presenta y requiere mucho más tiempo de debate y reflexión, más la derogación o veto de muchos artículos o incisos. En otras palabras, hay que rehacerla enteramente, para que el principio rector de su artículo cuarto, con el cual terminamos este comentario, sea una realidad y no una enunciación todo el tiempo complicada o contradicha por el texto legal concreto. Al menos en la Casa Rosada han leído la ley; es un progreso puesto que en el Congreso la deben haber votado como Terragno dice que se votan las leyes.⁶

Aplicando nuestro criterio de empezar a leer por el final,⁷ encontramos una curiosa entrada en vigencia: Es desde la fecha de publicación el 21-I-2004;⁸ en cambio la anterior “ley 22.439, su decreto reglamentario 1023/94 y toda otra norma contraria a la presente ley, [...] retendrán su validez y vigencia hasta tanto se produzca la entrada en vigor de esta última y su reglamentación.”⁹ La contradicción es manifiesta.

ver cuáles serán sus acciones.” Además, si mi destino es equivocarme, al menos sé que “No es renunciando a la acción que el hombre llega a liberarse de las ataduras del acto. (karma.)”

⁵ “Un corte transversal al derecho administrativo: La Convención Interamericana Contra la Corrupción,” *LL*, 1997-E, 1091, op.cit., supra, nota 2.

⁶ Al igual que en al anterior Consejo Deliberante de la Ciudad de Buenos Aires, según Terra-gno los senadores ni siquiera se toman el trabajo de asentir o levantar la mano o hacer gesto alguno. El Presidente del Senado va diciendo, sin levantar siquiera la mirada: “Art. 1° aprobado,” “Art. 2° aprobado,” hasta terminar, sin que casi nadie haya dicho que votaba en el sentido que el presidente dice registrar la aprobación.

⁷ Cuya explicación efectuamos en distintos lados: “Cómo leer una sentencia,” *Actualidad en el Derecho Público*, 2000, 14: 29/53, Buenos Aires, 2001; reproducido en *Revista universitaria La Ley*, año III, N° 4, agosto de 2001, ps. 9-21; también reproducido como cap. V del libro *Introducción al derecho*, ed. como e-book gratuito en www.gordillo.com, www.gordillo.com.ar.

⁸ Art. 122.

⁹ Art. 125.

Pensamos que en aquello que la nueva ley da claros derechos a los inmigrantes,¹⁰ debe ser aplicada de inmediato como dice su art. 122, y que la disposición contraria del art. 124 debe aplicarse a los numerosos supuestos de duda que la ley presenta¹¹ y que la reglamentación, por falta de prolijidad del legislador, seguramente tratará de enmendar. El desequilibrio de poderes se mantiene, como siempre. Ojalá la justicia pueda ponerle equilibrio.

1.2 Los tipos penales

La entrada en vigencia de la ley tiene más importancia aun cuando se advierte que se refiere a importantes tipos penales, uno de ellos equiparable en su monto al homicidio. Se trata del tráfico de personas, que tiene de 8 a 20 años de prisión cuando se hubiere efectuado “con el objeto de cometer actos de terrorismo, actividades de narcotráfico, lavado de dinero o prostitución.”¹²

Estas agravantes y estos delitos están en línea con las causales de impedimento para ingresar y permanecer en el territorio del país, que incluyen haber participado en actos de genocidio, terrorismo, delitos de lesa humanidad y de “todo otro acto susceptible de ser juzgado por el Tribunal Penal Internacional.”¹³ Se continúa reforzando la más que clara progresiva inserción del país en el régimen jurídico internacional, que hemos explicado antes de ahora.¹⁴

¹⁰ Limitados por el art. 125, conforme al cual “Ninguna de las disposiciones de la presente ley tendrá por efecto eximir a los extranjeros de la obligación de cumplir con la legislación nacional” en todo lo que la ley no prevé expresamente. En una regresión al pasado el artículo 125 agrega que tampoco tienen derecho a eximirse de “la obligación de respetar la identidad cultural de los argentinos,” frase en boga en Francia, para ellos, pero que aquí recuerda “la identidad del ser nacional.” Uno de nuestros dibujantes cómicos caricaturizó una vez la cuestión y cuando un potencial inmigrante que no sabía castellano ni nada del país, pregunta “¿Cómo podemos arreglar esto?,” le contestaron: “Queda admitido, Sr., Ud. conoce bien las costumbres y tradiciones argentinas.” El chiste es muy cruel, por cierto, pero hasta un presidente extranjero ha utilizado esta caricaturización, como se recordará en este lado del Río de la Plata. Así que no hablemos mucho de la “identidad cultural de los argentinos,” pues no es un buen camino. Es algo que hemos tratado en nuestro libro *The Future of Latin America: Can the EU Help?*, Londres, Esperia, 2003, con prólogo de SPYRI-DON FLOGAITIS, director del Centro Europeo de Derecho Público. Este pequeño libro ha recibido una polémica crítica, muy elaborada, informada y en suma excelente de GONZALEZ CAMPAÑA, GERMÁN, La Ley, 14-I-2004, p. 2, quien ha así contribuido muy positivamente al debate. Le expresamos, pues, nuestro agradecimiento.

¹¹ En cualquier caso, en otro supuesto de conflicto normativo, el art. 28 establece el principio de que debe aplicarse “el supuesto más favorable para la persona inmigrante.”

¹² Art. 121.

¹³ Art. 29 inc. d). En sentido similar, incs. c), e) y h.)

¹⁴ Ver nuestro *Tratado de derecho administrativo*, t. 1, Parte general, 8ª ed., cap. VI, “Fuentes supranacionales del derecho administrativo” y nuestra *Introducción al derecho*, op. cit., cap. VIII, “La creciente internacionalización del derecho,” también publicado con el mismo título en FERNANDEZ RUIZ, JORGE (coord.), *Perspectivas del derecho administrativo en el siglo XXI*, México D-F., Universidad Nacional Autónoma de México, 2002, pp. 71-92. Ver también nuestro trabajo “La responsabilidad internacional del Estado”, en “Responsabilidad del Estado en el derecho internacional,” en Universidad Austral, “Responsabilidad del Estado y del funcionario público,” Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 2001, pp. 361 y ss.; reproducido como cap. IX del libro *Introducción al derecho*.

1.3 ¿Competencia judicial amplia y plena, o no?

La competencia judicial para entender en la aplicación de esta ley corresponde a los juzgados nacionales de primera instancia en lo “Contencioso Administrativo”¹⁵ Federal”¹⁶ o a los juzgados federales del interior del país, “hasta tanto se cree un fuero específico en materia migratoria.”¹⁷

La intervención judicial es muy incisiva, pues los actos administrativos de expulsión no son ejecutivos ni ejecutorios, sino que están sujetos a su previa obligatoria revisión judicial.¹⁸ Aun estando firme y consentido el acto de expulsión, la detención cautelar del inmigrante irregular sólo se puede realizar por decisión judicial.¹⁹

A todos estos efectos de obligatoria presentación judicial, la Dirección Nacional de Migraciones puede actuar en representación del Estado nacional, esto es, tiene personería para actuar en juicio.²⁰

Sin embargo, esta claridad conceptual está empañada por normas contradictorias, como explicamos más abajo.

1.4 El absurdo régimen de responsabilidades para transportistas

La ley tiene muy buenas y generosas intenciones, que no cabe sino alabar, pero también cabe lamentar numerosas inconsecuencias. Una de ellas es pretender responsabilizar solidariamente a las compañías de transporte de cualquier naturaleza y al capitán, comandante, armador, propietario, encargado o responsable del medio de transporte, no solamente de transportar personas en condiciones reglamentarias,²¹ sino

¹⁵ Ya sabemos, como lo enunció JORGE TRISTÁN BOSCH hace décadas, que la expresión es múltiplemente errada. Recogemos y elaboramos sus enseñanzas en nuestro *Tratado de derecho administrativo*, t. 2, La defensa del usuario y del administrado, Buenos Aires, FDA, 2003, 6ª ed., cap. XIII, La tutela judicial, § 3, “Las confusiones entre “lo contencioso administrativo» y el derecho procesal administrativo.”

¹⁶ Ya tan recargados en los últimos tiempos, como se ha explicado en múltiples lugares, por ejemplo “«Corralito», Justicia Federal de Primera Instancia y contención social en estado de emergencia,” *LL*, 2002-C, 1217; “Justicia federal y emergencia económica,” en Universidad Austral, Control de la administración pública, Buenos Aires, *RAP*, 1003, pp. 117-22.

¹⁷ Art. 98.

¹⁸ Art. 61.

¹⁹ Art. 70, primer párrafo. El segundo párrafo establece que la autoridad judicial puede, a pedido de la administración, ordenar la retención aun antes de encontrarse firme y consentida la medida; pero el interesado puede recobrar la libertad, según el tercer párrafo, si es padre, hijo o cónyuge con vínculo subsistente con argentino nativo. Curiosamente la excepción no se extiende al argentino naturalizado o por opción, lo que parece una nueva incoherencia de la ley, pasible de reparo constitucional.

²⁰ Art. 94. Debe ser uno de los pocos casos en que la ley utiliza el término “personería” correctamente, como sinónimo de representación procesal, y no impropriamente como sinónimo de personalidad jurídica. Pero tanta belleza no podía durar, y el art. 79 prevé lo que denomina un recurso de “alzada” ante el Ministerio del Interior, con lo cual no sabemos si se equivocó en denominarlo “alzada” o se consideró en verdad que se trataba de un ente con personalidad jurídica propia y entonces se equivocó aquí en el término. Sabemos que esto suena a injusta y excesiva crítica, y parece aquello de que “palos porque bogas, palos porque no bogas,” pero nos parece necesario debatir la cuestión. Con esta última reflexión encaramos, hace décadas, una de nuestras peores invitaciones al debate. Esperamos no repetir los resultados.

²¹ Art. 38.

también como “responsables por el cuidado y custodia de los pasajeros y tripulantes, hasta que hayan pasado el examen de contralor migratorio y hayan ingresado en la República, o verificada la documentación al egresar.”²²

Obviamente quien escribió esto no recordó las características físicas de los puestos de entrada al país. Para no tomar sino Ezeiza,²³ el avión estaciona frente a la manga, y el capitán queda a bordo mientras los pasajeros comienzan a ingresar al pasillo y luego al edificio, sin que el capitán ni nadie de la compañía pueda hacer nada físicamente por el contralor del movimiento de tales personas.

Es cierto que hay personal de las compañías indicando amablemente a las personas adónde se deben dirigir, pero ninguno de ellos es “capitán, comandante, armador, propietario, encargado o responsable” del medio de transporte en cuestión.

Si alguien desobedece esas instrucciones, le corresponde a la policía aeronáutica ocuparse de que no ingrese al país sin pasar por el contralor migratorio, jamás puede pretenderse que esa obligación de seguridad del aeropuerto recaiga sobre el “capitán... propietario, encargado o responsable” del avión.

Es una imposibilidad física, que torna inexistente de pleno derecho la supuesta obligación, como lo hemos explicado en otro lugar.²⁴ Eso vale para el acto administrativo y vale también para la ley cuando ingresan en el terreno del absurdo y la imposibilidad fáctica. Todo el sistema del título III, capítulo II, es de una complejidad y detallismo francamente contraproducente. Las autoridades administrativas y los capitanes, armadores, propietarios, etc., deberán hacer cursos especiales de derecho administrativo...

Para colmo de absurdos, el pretendido incumplimiento de tales supuestas obligaciones migratorias de dichas personas ajenas a la administración pública autorizaría según la ley a “disponer la interdicción provisoria de salida del territorio nacional, espacio aéreo o aguas jurisdiccionales argentinas, del medio de transporte correspondiente.”

Esperemos que las autoridades tengan la prudencia de que la ley ha carecido, o de lo contrario deberemos enfrentar represalias de toda índole frente a semejante arbitrariedad que ni siquiera puede indemnizar un país en default. Esto no es sino una bravata, muy argentina, de la ley, a tono con los tiempos pero que por más réditos internos que produzca en la opinión pública, internacionalmente no hace sino aumentar el déficit y el descrédito del país.

²² Art. 39.

²³ Aeropuerto Ministro General Pistarini, para los viajeros que deben escuchar las calificaciones oficiales por los comisarios de a bordo. Cabe recordarlo pues hizo el aeropuerto en una zona de frecuentes neblinas, que a veces obliga a los aviones a hacer tiempo en Montevideo hasta que despeje Ezeiza. Si se nos criticara por etnocentristas, por sólo pensar en Ezeiza, digamos que hemos entrado y salido del país, a pie y en bote, sin que existiera control migratorio alguno al cual someterse...No debemos ser los únicos que no pudimos atenernos al art. 1° de esta ley. Ello es una cuestión fáctica que está fuera del alcance de la ley.

²⁴ Nos referimos a nuestro *Tratado de derecho administrativo*, t. 3, *El acto administrativo*, cap. VIII, “Objeto y competencia del acto administrativo,” § 7, “Imposibilidad de hecho.”

También es manifiestamente contradictoria la pretendida dureza de la ley contra los medios de transporte que supuestamente tienen algo que ver con un inmigrante ilegal, frente a la manifiesta y excesiva generosidad que la ley también y al mismo tiempo introduce, frente a todo tipo de inmigrante irregular o ilegal, como luego veremos.

1.5 La responsabilidad de los hoteleros a título oneroso

La ley se supone conocida por todos, pero este parece bien un supuesto en que no se puede aplicar ese adagio, como lo explicamos en otro lugar.²⁵ Si nos atenemos a la fecha de entrada en vigencia de la ley el mismo día 21-I-2004²⁶ o a lo sumo a medianoche del comienzo del día siguiente, todo hotelero (posadero, particular, etc.) tiene prohibido proporcionarle alojamiento a título oneroso de un huésped extranjero que esté “residiendo irregularmente en el país.”²⁷ Solamente el buen samaritano queda exento; los demás debieron desde el día 21 ó 22 de enero²⁸ y deberán en el futuro controlar minuciosamente la documentación de su huésped extranjero...

1.6 La responsabilidad de los empleadores

Tampoco se les puede dar ocupación remunerada,²⁹ lo cual no impide que nos ayuden gratuitamente... La AFIP no parece haber tenido intervención en esto.

1.7 La responsabilidad de los co-contratantes

En la misma tónica, todos los argentinos quedamos constituidos en policía de los extranjeros, pues si les vendemos o compramos “bienes inmuebles, derechos o muebles registrables,” debemos “comunicarlo fehacientemente a la autoridad migratoria.”³⁰ La misma obligación se extiende a la constitución o integración de sociedades civiles o comerciales: no es al parecer responsable de esta carga pública el escribano interviniente, que es funcionario público, sino los particulares que hagamos tales contratos. Los argentinos nos seguimos ganando la fama ya establecida hace décadas en el mundo.³¹ Los actos así celebrados son de todos modos válidos,³² sin perjuicio de la multa por 20 salarios mínimos vitales y móviles al los cuales se hace pasible quien otorgue el alojamiento oneroso,³³ 50 si lo emplea en forma remunerada,³⁴ 100 en igual situación si se trata de un menor de 14 años o no está emancipado.³⁵

²⁵ Nuestra *Introducción al derecho, en sus distintas ediciones* cap. II, “Qué es el derecho, “ § 3, “La ignorancia del derecho.”

²⁶ Art. 122.

²⁷ Art. 55, primer párrafo.

²⁸ La historia se repite. Algo parecido ha pasado antes en el país, como hemos explicado en “La promulgación y publicación de las leyes,” DT, 29-592.

²⁹ Art. 55, segundo párrafo.

³⁰ Art. 56.

³¹ Recuerdo una modesta obra de teatro en Broadway donde la entonces mujer de DONALD TRUMP, actriz de reparto, decía a una persona muy mandona y autoritaria: “Qué, ¿vos sos argentina?” o algo parecido.

³² Art. 58.

³³ Art. 59, primer párrafo.

1.8 La protección social del migrante y el pago en cuota de las multas

Se puede graduar³⁶ la multa antes referida y también otorgar el pago en cuotas,³⁷ o fijar “mecanismos alternativos de sanciones” en el caso de empleo y alojamiento,³⁸ “basadas en la protección del migrante, la asistencia y acción social.”³⁹

Es obvio que la ley se ha confundido al migrante con el que lo emplea o le da alojamiento oneroso, pues no parece tener mucho que ver la protección del migrante, su asistencia y acción social para él, con los mecanismos alternativos de sanción para quien los emplee o aloje siendo inmigrantes irregulares.

1.9 Otros beneficios sociales de la ley

Si quisiéramos seguir el camino del absurdo que la ley recorre, podríamos decir que se podría dar sanciones “alternativas” a las personas de buena voluntad que alojen onerosamente a inmigrantes ilegales, o les den empleo retribuido, pero lo hagan por motivos de protección, asistencia y acción social al migrante, no para lucrar. Siempre se puede cobrar sin tener fines de lucro, es cierto.

En todo caso los que seguro no cobran nada, nadie les puede imputar fines lucrativos. Así, por lo menos Cáritas, el Ejército de Salvación y la Ciudad de Buenos Aires quedarán libres de responsabilidad si no les cobran para darles alojamiento. O sea, los homeless pueden recibir techo sin que sea obligatorio pedirles documentos.⁴⁰

2. La plena capacidad administrativa del inmigrante irregular

La ley 25.871 de migraciones establece una plena capacidad, limitada sólo por el objeto, a los inmigrantes irregulares, o sea aquellos que no han satisfecho las condiciones establecidas para su ingreso y permanencia.⁴¹

Ellos tienen plena capacidad para su admisión como alumnos,⁴² y por ende los demás derechos inherentes a la calidad de tales, en cualquier establecimiento educativo, “público

³⁴ Art. 59, segundo párrafo.

³⁵ Art. 59, tercer párrafo.

³⁶ Art. 60, que modifica así el carácter taxativo del 59.

³⁷ Art. 59, quinto párrafo.

³⁸ Art. 59, sexto párrafo.

³⁹ Art. 59, último párrafo “in fine.”

⁴⁰ El tema no es baladí, como lo explicamos en “Los sin techo en la Justicia de la Ciudad de Buenos Aires,” *LL*, 2002-C, 560; reproducido en la Revista del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, N° 28, septiembre 2003, *La Ley*, p. 6. De todos modos, el exagerado reglamentarismo de la ley no parece obedecer a la regla de sabiduría de LAO TSE o CONFUCIO de usar “ejemplos descabellados para ilustrar el tema.” WATTS, ALLAN, *El camino del Tao*, p. 115, Troquel, Buenos Aires, 1990.

⁴¹ Art. 5°.

⁴² Art. 7°.

o privado; nacional, provincial o municipal; primario, secundario, terciario o universitario.” (Lo cual incluye entonces doctorado, especialización, post-doctorado, etc.)

Esa misma capacidad plena se extiende “al acceso al derecho a la salud, la asistencia social o atención sanitaria,”⁴³ incluyendo el derecho a recibir “orientación y asesoramiento respecto de los trámites correspondientes a los efectos de subsanar la irregularidad migratoria.”⁴⁴ También tienen derecho a ser asistidos “por empleadores, sindicatos u otros órganos o instituciones”⁴⁵ y por ende la administración pública, respecto a “Los requisitos establecidos para su admisión, permanencia y egreso”⁴⁶ y “Cualquier otra cuestión que le permita o facilite cumplir formalidades administrativas o de otra índole en la República Argentina.”⁴⁷

Ello implica que, a diferencia de otros países en que ciertos derechos del ordenamiento interno se adquieren recién satisfechos los requisitos migratorios, en nuestro país el inmigrante irregular, que no cumplió la admisión regular o excedió el plazo y condición de permanencia (típicamente, el que ingresa con vista de turista por tiempo determinado y no egresa del país ni pide prórroga o permanencia al cumplirse el término otorgado), tiene no obstante el ejercicio de los derechos enunciados precedentemente.

Dado que a su vez puede concedérseles residencia precaria por hasta 180 días corridos, renovables hasta la resolución acerca de la admisión solicitada,⁴⁸ con pleno ejercicio de derechos, y que tienen asimismo derecho a la reunificación familiar con sus “padres, cónyuges, hijos solteros menores o hijos mayores con capacidades diferentes,”⁴⁹ a la no discriminación en el empleo,⁵⁰ su capacidad para ser parte frente a la administración pública puede decirse que existe con total independencia del trámite que lleve su proceso de admisión o inadmisión definitiva al país.

Más aún, la demora en el trámite administrativo no autoriza a que “tengan inconvenientes derivados de tal demora,”⁵¹ lo cual implica de hecho un reconocimiento de capacidad plena para todos los trámites administrativos.

3. La asistencia jurídica y lingüística gratuita al inmigrante irregular

La ley establece que los extranjeros que se encuentren en el país y “carezcan de medios económicos, tendrán derecho a asistencia jurídica gratuita en aquellos

⁴³ Art. 8º, primera parte.

⁴⁴ Art. 8º “in fine.”

⁴⁵ Art. 9º “in fine.”

⁴⁶ Art. 9º, inc. b)

⁴⁷ Art. 9º, inc. c)

⁴⁸ Art. 20.

⁴⁹ Art. 10.

⁵⁰ Salvo la responsabilidad de sus empleadores, todo ello conforme al art. 16.

⁵¹ Art. 26, segundo párrafo “in fine.”

procedimientos administrativos y judiciales que puedan llevar a la denegación de su entrada,⁵² al retorno a su país de origen⁵³ o a la expulsión del territorio argentino. Además tendrán derecho a la asistencia de intérprete/s si no comprenden o hablan el idioma oficial. Las reglamentaciones a la presente, que en su caso se dicten, deberán resguardar el ejercicio del Derecho Constitucional de defensa.”⁵⁴ ¡Chocolate por la noticia!

4. La admisión excepcional de determinadas categorías de inmigrantes irregulares

La ley exagera un poco, con todo, cuando autoriza a la administración a “admitir, excepcionalmente, por razones humanitarias o de reunificación familiar, en el país en las categorías de residentes permanentes o temporarios, mediante resolución fundada en cada caso particular”⁵⁵ a los que tienen una causa legal de impedimento para ingreso y permanencia en el territorio nacional.

Algunas de esas causales son de menor importancia y podrían no dar lugar a críticas al texto legal,⁵⁶ otras son de mayor entidad,⁵⁷ pero algunas son decididamente gravísimas: condena por “tráfico de armas, de personas, de estupefacientes o por lavado de dinero,”⁵⁸ haber participado en actos de genocidio, terrorismo o delitos de lesa humanidad y todo otro acto susceptible de ser juzgado por el Tribunal Penal Internacional.⁵⁹

En estos puntuales casos pensamos que la ley resulta contraria a los tratados internacionales de rango superior, pues si alguien debe ser juzgado por el Tribunal Penal internacional, a título de ejemplo, mal podría dársele residencia en la Argentina mientras tanto... Una cosa es la generosidad migratoria y otra muy distinta la complicidad en la comisión o en el no juzgamiento de delitos contra el orden público internacional.

⁵² ¿Cabe imaginar a un atribulado funcionario de Inmigraciones que, ante una larga cola de otros extranjeros que quieran entrar al país, se vea enfrentado a uno que invoque esta norma para pedir asistencia jurídica gratuita y traductor gratuito, ante las dudas del funcionario sobre si dejarlo o no entrar al país?

⁵³ No podemos imaginar el supuesto de que un funcionario de migraciones no deje a un extranjero salir del país para ir a su país de origen, salvo que tenga orden de captura nacional o internacional. Es entonces en este último caso que resultará de aplicación esta norma. De lo cual se deduce una vez más que la ley, seguramente sin quererlo, produce efectos no buscados en la redacción.

⁵⁴ Art. 86.

⁵⁵ Art. 29 “in fine.”

⁵⁶ Así los incs. a), b), i), j), k)

⁵⁷ Así los incs. f) y g)

⁵⁸ Inc. c)

⁵⁹ Incs. d) y e)

5. La expulsión del inmigrante irregular

La decisión administrativa de expulsar a un extranjero tiene ope juris efecto suspensivo.

La Dirección Nacional de Migraciones debe dar intervención al tribunal competente, “a efectos de la revisión de la decisión administrativa de expulsión.”⁶⁰

Por supuesto que el inmigrante irregular cuya expulsión ha sido resuelta en sede administrativa y queda de tal modo sujeta de pleno derecho a revisión judicial, tiene también derecho a ser parte en ésta, con lo cual bien podría decirse que tenemos un caso único y totalmente excepcional, de acción judicial interpuesta de pleno derecho por la ley a favor y en nombre del interesado. El es parte necesaria en el proceso judicial de revisión legal de la decisión administrativa de expulsión.

5.1 Efectos de la expulsión: no importa confiscación de bienes

La ley expresa la obviedad de que el expulsado no pierde sus derechos de propiedad, por ejemplo “el derecho a percibir los salarios y toda otra prestación que le pudiera corresponder”⁶¹ (que ya esté en la Constitución parece poco menos que un detalle...), aunque comete la ominosa imprecisión de decir que ello no ocurre a resultas de la expulsión “por sí sola.”

5.2 No proceden las expulsiones masivas

Otra “novedad” que acarrea la ley, para quien no sepa derecho ni tenga sentido común: “Cada caso de expulsión será examinado y decidido individualmente.” “Los extranjeros y sus familiares no podrán ser objeto de medidas de expulsión colectiva.” (art. 66.)⁶² En todo caso no daña, salvo la inteligencia y el tiempo.

6. La expulsión del inmigrante regular

6.1 El caso del extranjero genocida, terrorista, etc., condenado en el país a pena privativa de la libertad de más de cinco años

Este es otro punto preocupante de la ley, producto de escribir demasiado, quizás como el autor de esta nota. Salvo la mala técnica legislativa, no se puede objetar que se contemple la expulsión del extranjero residente en el país que fuere condenado judicialmente por delito doloso con pena privativa de la libertad mayor a cinco años.⁶³

Pero es francamente preocupante que se diga que luego de cumplida la sentencia judicial, la administración tiene dos años sin que pueda determinar si tiene o no una causa que le impedía absolutamente obtener la residencia.

⁶⁰ Art. 61.

⁶¹ Art. 67.

⁶² Tal vez debieran haber aclarado, para completar la obviedad, que los argentinos no pueden ser expulsados, aunque no es difícil imaginar casos en que a juicio de muchos se justifique la antigua condena griega del exilio. No hay que buscar demasiado lejos: Pero el derecho actual tampoco lo permite y nadie por lo demás los admitiría. De todas maneras, un programa de televisión me exhortó hace más de un cuarto de siglo a que me fuera del país, de modo que no debo hablar de la sogá en casa del ahorcado.

⁶³ Art. 62, inc. b)

En caso afirmativo se le cancela la residencia, pero ello no puede ocurrir antes de los años de cumplida la pena ni después de treinta días de pasados esos dos años. En caso de silencio de la administración durante los treinta días posteriores al vencimiento ficto del plazo de dos años de cumplida la condena, se considerará que la residencia queda firme. David Barry, un cómico norteamericano, suele decir “Esto no lo estoy inventando”. Pues bien, y o tampoco: Lea el inc. b) del art. 62.

Algunas de las causales que impiden otorgar la residencia son excepcionalmente graves: condenas por tráfico de armas, de personas, de estupefacientes o por lavado de dinero (inciso c) del art. 29); participación en actos de genocidio, terrorismo, delitos de lesa humanidad o que de otro modo sean susceptibles de ser juzgados por la Corte Penal Internacional. (Incs. d) y e) del mismo art. 29.)

Según el art. 29 a estas personas no se les puede permitir la entrada al país; según el art. 62 inc. b), si están en el país y han sido condenadas por una pena privativa de la libertad de más de cinco años, no se las puede expulsar hasta dos años después de haber cumplido la pena de prisión, no obstante que sea un genocida, terrorista, tratante de blancas, narcotraficante, etc. y además sólo se lo puede hacer dentro del estricto plazo de treinta días siguientes a los dos años, o de lo contrario la residencia anterior del genocida, terrorista, narcotraficante, etc., “queda firme.” Un disparate.

Así difícilmente nos respetarán en el mundo. El Presidente que firmó la declaración interamericana de Monterrey⁶⁴ contra estos delitos debiera haber vetado al menos algunas de estas normas.

6.2 *El caso del inmigrante que viaja mucho*

Nuevamente, este parece un caso inventado para uno de nuestros cursos de la Facultad. O tal vez realmente lo dimos hace décadas y alguno resolvió incorporarlo a la ley.⁶⁵

En cualquier caso, el inciso b) del art. 62 dice que el radicado permanentemente en el país puede perder este derecho si está fuera de este país más de dos años, o la mitad del plazo acordado si era temporario, con algunas excepciones.

Esta norma conspira contra el libre tránsito de personas por el mundo, principio universal contemporáneo, pero por sobre todo contra el espíritu del preámbulo de

⁶⁴ En lo pertinente expresa “Tomaremos todas las medidas necesarias para prevenir y combatir el terrorismo y su financiación, en cumplimiento pleno de nuestros compromisos «en el marco del derecho internacional, incluidos el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho internacional de los refugiados y el derecho internacional humanitario. De igual manera, nos comprometemos a luchar contra todas las formas de delincuencia transnacional», incluido el tráfico ilícito de drogas, armas y personas, particularmente cuando generan fondos utilizados en apoyo a las organizaciones terroristas. También nos comprometemos a adherirnos «a las normas mundiales contra el lavado de activos y la financiación del terrorismo».” “Hacemos un llamado a aquellos países que aún no lo hayan hecho a ratificar la Convención Interamericana contra el Terrorismo, las doce convenciones y protocolos de las Naciones Unidas contra el terrorismo, así como otros instrumentos relacionados. Instamos a todos los países a considerar con urgencia la firma y ratificación de la Convención Interamericana sobre Asistencia Mutua en Materia Penal y a participar activamente en la Red de asistencia jurídica mutua en materia penal.” La comilla simple es nuestra.

⁶⁵ La memoria me indica que no. Pero hago la chanza porque recuerdo perfectamente que en 1973 dí un caso en clase, imaginario, que al día siguiente un matutino recogió como dato de la realidad. Se podrá imaginar mi comentario en la clase siguiente.

nuestra Constitución: para todos los hombres de buena voluntad del mundo “que quieran habitar el suelo argentino.”

No vemos cómo se pueda racionalmente sancionar con el exilio a quien tiene residencia permanente en el país, porque decida pasar dos años afuera de él: A veces es necesario por razones de preservación de la salud psíquica, como ocurrirá a todo el que lea esta ley.

En todo caso, se exceptúa de la pérdida de la radicación permanente al extranjero cuya ausencia “obedeciere al ejercicio de una función pública argentina.” Como decía RAFAEL BIELSA (abuelo) hace más de medio siglo, quizás se está pensando en algún extranjero radicado en el país a quien nombremos espía en el exterior.

6.3 El caso del inmigrante que estudia poco

El inc. d) del art. 62 prevé la cancelación de la residencia permanente, temporaria o transitoria, a aquel extranjero que no cumpla o viole las condiciones establecidas para una subvención total o parcial concedida directa o indirectamente por el Estado argentino.

Por cierto que las personas de bien interpretarán esta norma restrictivamente, pero si uno quiere leerla mal, un estudiante extranjero que esté cursando cursos de postgrado en nuestra Universidad estatal, por ejemplo doctorado que es gratuito, corre el riesgo de ser expulsado si no aprueba alguna de las materias o le es rechazado el programa o proyecto de tesis o no aprueba ésta, o... Nuevamente, es el caso de la frase pronunciada hace pocos años por una actriz de reparto, ex mujer de Donald Trump, en una obrita de Broadway, que ya mencionamos en una nota de este comentario.

6.4 Resumen

Extranjeros traficantes internacionales de armas, de personas, de estupefacientes, condenados por lavado de dinero: Bienvenidos a permanecer en la República Argentina, si ya están acá.

En cuanto a los extranjeros genocidas o autores de delitos de lesa humanidad o semejantes, serán expulsados... salvo que la autoridad decida lo contrario, como indican los dos últimos párrafos del mismo art. 62. Las “circunstancias personales y sociales” del genocida internacional deberán ser tenidas en cuenta a tal efecto, según la norma.

Estudiantes que desapruében materias, no habrá piedad para Uds.

Inmigrantes demasiado turistas, la ley será implacable con vosotros. ¿Cómo se les ocurre irse por dos años de un país que tiene legislación como ésta? Bien se lo merecen, perderán ineluctablemente este privilegio que no han sabido aprovechar ininterrumpidamente.

7. Régimen de recursos y acciones

La ley peca de inconsecuencia en otros aspectos. Por ejemplo establece a opción del interesado la vía judicial o de la “alzada” (obviamente es un error terminológico, porque se trata de un recurso jerárquico) ante el Ministerio del Interior⁶⁶ contra los actos de la Dirección Nacional de Migraciones.

⁶⁶ Arts. 79, 81, 82.

La vía judicial es calificada indistintamente como “recurso”⁶⁷ o “acción”⁶⁸ aunque obviamente es necesariamente una acción.⁶⁹ La vía judicial es excluyente de la administrativa, no así a la inversa.⁷⁰

La ley establece una confusa normativa respecto a supuestos recursos administrativos de “reconsideración,” “jerárquico” y “alzada” contra actos de autoridades inferiores a la Dirección Nacional de Migraciones y ésta misma. No interesa intentar despejar esas confusiones por vía interpretativa: La cuestión sólo puede resolverse sensatamente empleando la interpretación de la unidad del recurso administrativo.⁷¹ O sea, no importa la denominación que la ley o el interesado den al recurso, es un recurso administrativo para ante la Dirección Nacional de Migraciones que luego es susceptible indistintamente de recurso administrativo ante el Ministerio del Interior o acción ante la justicia, en un caso al menos impuesta de pleno derecho por la ley.⁷²

8. La revocación de los actos administrativos sobre migración

Con la misma deplorable “técnica” legislativa que la caracteriza, la ley 25.871 dispone que tanto la propia Dirección Nacional de Migraciones como el Ministerio del Interior podrán revocar de oficio, sin límite expreso de tiempo, las decisiones “cuando se comprueben casos de error, omisión o arbitrariedad manifiesta, violaciones al debido proceso, o cuando hechos nuevos de suficiente entidad justifiquen dicha medida.” De haber conocido los legisladores el régimen constitucional y del decreto-ley 19.549/72 (Adla, XXXIX-C, 2339 -t. a.-) de la estabilidad de los actos administrativos, posiblemente hubieren preferido dejar esto para el tratamiento general del tema. Pero no, han querido dictar de nuevo normas sobre lo ya normado, con lo cual no está claro si están pensando en supuestos diferentes de los ya existentes o no. La mejor interpretación, pensamos, será la que remita al régimen general de estabilidad de los actos administrativos de cualquier naturaleza.⁷³ Parece un intento absurdo regular ex novo este tema cuando la materia sea migratoria. Una cosa es segura, si se quería ayudar a los inmigrantes (como parece) se ha caminado también en el sentido contrario, porque sólo dificultades superfluas se ponen en su camino.

⁶⁷ Art. 79, 84, 89.

⁶⁸ Art. 80.

⁶⁹ Conforme a nuestro sistema constitucional, como ya lo hemos explicado en nuestro *Tratado de derecho administrativo*, t. 1, Parte general, Buenos Aires, FDA, 2003, 8ª ed., cap. IX, § 13, “Recurso o acción judicial y facultades jurisdiccionales de la administración. Esa solución se refuerza en el caso de la ley 25.871, que enfatiza en todo momento la indispensable intervención judicial plena en cualquier etapa del procedimiento, incluso para detener a la persona en forma cautelar cuando su expulsión ha sido dispuesta por acto firme y consentido. (Art. 70.)”

⁷⁰ Art. 80.

⁷¹ Que hemos explicado en el t. 4, *El procedimiento administrativo*, 5ª ed., cap. III, § 40, “Hacia la unidad del recurso administrativo.”

⁷² El caso ya mencionado del art. 61 “in fine.”

⁷³ Nos remitimos al tratamiento in extenso de este tema en el t. 3, *El acto administrativo*, op. cit., cap. VI, “Estabilidad e impugnabilidad,” especialmente acápite I, “Estabilidad,” § 1 a 10 inclusive.

9. ¿El “amparo por mora migratorio”?

No sólo legisla la ley sobre lo ya legislado en el derecho administrativo. A pesar de existir normas expresas vigentes sobre el amparo por mora de la administración, el legislador no ha podido resistir la tentación de legislar también nuevamente sobre este otro tema de derecho procesal administrativo.

El art. 85 de la ley no hace repetir, *prima facie*, lo que ya está dispuesto en el art. 28 del decreto-ley 19.549/72.

Quedará para los “escrupulosos que ejercen la policía de las pequeñas distracciones,” como decía BORGES,⁷⁴ verificar palabra por palabra si se ha repetido o no el texto del decreto-ley.

Sea o no repetición, es una franca pérdida de tiempo en cualquier caso.

10. Otros errores de la ley

No está de más señalar que cuando el gobierno es acusado externamente de tener inclinaciones de izquierda, sigue utilizando el apelativo de “ley 19.549” para el dec.-ley 19.549/72: cabe pues tranquilizar a los extranjeros no inmigrantes que se preocupan de esto.

Más que definición ideológica, con todo, pensamos que es simple desconocimiento del derecho —¡por el legislador!— Pero la displicencia de toda la doctrina es también en parte culpable de todo esto.

Como anécdota, séame permitido relatar que oí a un distinguidísimo jurista, en una simple clase informal, argumentar que la voluntad “del Congreso de la Nación” había sido la que tenía en cierto punto la “ley 19.549.” Si se hubiera habituado previamente a la denominación correcta, no hubiera nunca cometido el desliz verbal de decir que ese decreto ley era una decisión “del Congreso de la Nación.” Aquí es el desliz o ignorancia del legislador, pero el legislador ha cometido tantos en esta ley que una mancha más casi no se le nota al tigre.

Dicho todo lo cual, podemos volver al principio rector del art. 4: “El derecho a la migración es esencial e inalienable de la persona y la República Argentina lo garantiza [...]” Si agregáramos ese criterio⁷⁵ a los principios generales del derecho⁷⁶ y dejáramos

⁷⁴ A quien citamos, a este respecto, en *El método en derecho*, Madrid, Civitas, 1988, 4ª reimpresión 2001, cap. XI, p. 173, también disponible en Internet.

⁷⁵ No olvidamos que existen infinitas cuestiones puntuales complejas y que el tema está en constante evolución, como lo recuerdan JONSON, SCOTT y CONTRERAS, JOSEPH, “La economía de la migración,” *Newsweek* en español, 21-I_2004, pp.12-16; MASSEY, DOUGLAS S., “Un ejercicio de autoengaño,” igual revista, p. 17. Es el nuevo orden mundial, siempre cambiante, que hay que tener presente. Ver también nuestro artículo “The Draft EU Constitution and the World Order,” en AA.VV., *The Constitution of the European Union/La Constitution de l’Union Européenne*, “European Public Law Series,” vol. LXIII, Esperia Publications Ltd., Londres, 2003, pp. 281-294, reproducido en *European Public Law Review/Bibliothèque de droit public européen*, vol. 16, N° 1, primavera-verano 2004, Esperia, Londres, pp. 281-294.

todo para los casos concretos, como en realidad funciona el derecho, sería mejor que toda esta complicada y controvertible reglamentación.⁷⁷

⁷⁶ Del tenor de los que enunciamos en nuestra Introducción al derecho, op.cit., cap. II, en sus distintas ediciones. Ver también NIETO, ALEJANDRO - GORDILLO, AGUSTÍN, “Las limitaciones del conocimiento jurídico,” Madrid, Trotta, 2003.

⁷⁷ Nos remitimos a las referencias de la nota anterior, nunca tan necesarias como en esta ley. Con el tiempo habrá de verse si sus buenas intenciones superan a sus tropiezos, o a la inversa. Pero en cualquier caso este excesivo reglamentarismo es malo en cuanto técnica. Lo que hay arreglar son los mecanismos institucionales de creación del derecho en el caso concreto, por la administración y la justicia, antes que la minucia del derecho. Nuestra última reflexión en la materia en: “Simplification of Administrative Procedure: The Experience of the Americas,” *European Public Law Review*, en prensa.