

LOS PODERES DEL ESTADO FRENTE A LA POBLACIÓN EXTRANJERA RESIDENTE EN LA ARGENTINA: LA NATURALIZACIÓN COMO CAMPO DE DISPUTA

por Corina Curtis* y Ana Paula Penchaszadeh**

I. Introducción

En 2004, en Argentina, se promulga la Ley de Migraciones 25871, producto de un intenso debate entre organizaciones de la sociedad civil, la Iglesia, la academia y el Estado. Dentro de las virtudes de esta ley, pueden señalarse que reconoce el derecho a migrar como un derecho humano; desvincula el goce de derechos básicos (como la educación y la salud) de la situación documentaria de las personas; responsabiliza al Estado por la regularización documentaria (eliminando la palabra “ilegales” en referencia a las personas que no tienen “los papeles” que el propio Estado eventualmente pueda negarles); y establece garantías de debido proceso, así como la obligatoriedad de la mediación de un juez, frente a las decisiones administrativas de expulsión.

Por casi doce años, la experiencia de una política migratoria basada en el reconocimiento de los derechos humanos demostró que una legislación “abierta” no sólo mejora las condiciones generales de vida de las propias personas migrantes y del conjunto de la sociedad, sino que desarma la

* Licenciada en Ciencias Antropológicas y Doctora de la Universidad de Buenos Aires (Area Antropología). Investigadora Adjunta del Conicet. Docente de grado y posgrado en la UBA. E-mail: corinacourtis@yahoo.com.ar

** Licenciada en Ciencia Política, Universidad de Buenos Aires (Argentina), Magíster en Sociología y Ciencia Política de la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, Doctora en Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires y Doctora en Filosofía de la Université Paris 8 (Francia). Investigadora del Conicet. Profesora de grado y de posgrado en la UBA. E.mail: anapenchas@gmail.com.

coartada conservadora y neoliberal en relación a dos puntos clave: 1) la regularización documentaria facilitó un acceso al mercado laboral formal que modificó la relación de dependencia de la población migrante respecto de los servicios públicos (OIM 2012, Mármora 2015); y 2) este tipo de legislación no fue un “incentivo” para las migraciones pues el porcentaje de población migrante se mantuvo entre el 4.1% y el 4.5% respecto de la población total, según los censos de 2001 y 2010, no produciéndose ninguna “avalancha” migratoria como tienden a aducir los acólitos del paradigma securitario.

A fines 2015, la política migratoria argentina sufrirá importantes transformaciones con la asunción de una coalición de sectores de centro-derecha en el poder, la Alianza Cambiemos. Un conjunto de decisiones normativas, burocráticas e institucionales da cuenta cabal de este cambio: el cierre de un Programa de Abordaje Territorial destinado a promover la regularización migratoria; la reducción del número de delegaciones de la Dirección Nacional de Migraciones (DNM) a lo largo del país; la decisión de crear de un Centro de Detención para migrantes con el objetivo de “combatir la irregularidad”; el aumento de los controles de permanencia y de la violencia policial en estos procedimientos; la aplicación de un sistema de turnos engorroso y moroso y, finalmente, el desarrollo de un sistema aporofóbico y xenófobo de radicación a distancia (Ra.D.Ex) que no contempla las características de la población migrante ni asegura la accesibilidad; la creación de una aplicación para que cualquier efector y empleado público realice controles migratorios (SIMEL); el aumento de las tasas migratorias y la eliminación de las exenciones de las mismas por razones humanitarias y de “pobreza”; y la lista sigue.

En este contexto de retrocesos, el gobierno apeló a una medida de excepción para profundizar su intervención en materia migratoria. En efecto, sirviéndose de que la Constitución Nacional (CN) autoriza al Poder Ejecutivo, bajo circunstancias excepcionales que hicieran imposible seguir los trámites parlamentarios ordinarios para la sanción de leyes, a dictar decretos por razones de necesidad y urgencia (art.99, inc.3), en enero de 2017, la Ley de Migraciones N° 25871 y la Ley N° 346 de Ciudadanía y Naturalización fueron modificadas, en aspectos clave, por el Decreto de Necesidad y Urgencia (DNU) 70/17, que marcará un antes y un después respecto del “paradigma” de la política migratoria instaurado en Argentina a penas iniciado el siglo XXI.

El Poder Ejecutivo fundamentó el dictado del DNU 70/17 en una serie de factores que, a su entender, caracterizan el panorama migratorio actual en la Argentina. Los considerandos del decreto mencionan, por un lado, un incremento de la población de personas de nacionalidad extranjera bajo custodia del Servicio Penitenciario Federal y su sobre-representación en relación con delitos vinculados a la narcocriminalidad. Junto a estas “constataciones” el DNU 70/17 señala que, como consecuencia de los controles implementados por la actual gestión de la Dirección Nacional de Migraciones, “se han detectado en el último año [2016] nuevas modalidades de fraude a la ley migratoria”. La situación aludida —que vincula fuertemente migración y delito— haría imperativa, según el gobierno actual, la modificación de las leyes vigentes de Migración y de Ciudadanía y Naturalización. Respecto de la primera, los cambios implican una ampliación de los motivos para impedir la radicación de extranjeros en el país y para ordenar su expulsión, así como un endurecimiento de los procedimientos para ejecutarla¹. Respecto de la segunda norma, el DNU endureció los requisitos para poder solicitar la Carta de Ciudadanía argentina.

¹ La Ley de Migraciones N° 25872 establece como impedimento para el ingreso y la permanencia “haber sido condenado o estar cumpliendo condena, en la Argentina o en el exterior, o tener antecedentes por tráfico de armas, de personas, de estupefacientes o por lavado de dinero o inversiones en actividades ilícitas o delito que merezca para la legislación argentina pena privativa de la libertad *de tres (3) años o más*” (art. 29). El DNU 70/17 establece que las personas extranjeras pueden ser expulsadas si se encuentran condenadas, “aunque dicha *condena no se encuentre firme*”, por cualquier delito con pena privativa de la libertad; es decir, se incorporan los delitos con pena privativa de la libertad *de menos de tres años*, tales como hurtos menores o resistencia a la autoridad. Este mismo criterio se aplica para cancelar permisos de residencia ya otorgados, sin importar la antigüedad del extranjero en el país, su arraigo social y sus vínculos familiares. En relación con la expulsión, la Ley de Migraciones establece que debe darse intervención a la Justicia y que la Dirección Nacional de Migraciones podrá hacer efectiva la expulsión del extranjero una vez firme la sentencia judicial (Título V, capítulo I). El DNU 70/17, por su parte, permite que la deportación se concrete antes de que exista una sentencia firme y prevé un procedimiento de expulsión sumarisimo, que no garantiza el derecho a la defensa ni el acceso a la justicia. Respecto del otorgamiento de las dispensas por reunificación familiar, no sólo pasan a ser una facultad discrecional de la DNM, sino que ahora solo son considerados aquellos casos en los que la pena privativa de la libertad sea inferior a tres años y en los que el lazo familiar a resguardar (afectiva y económicamente, según criterio de la DNM) involucre a un/a ciudadano/a argentino/a.

Por la grave afectación que conlleva de los grandes pilares de la política migratoria —vinculados con el ingreso, la permanencia, la cancelación de residencias y la expulsión de migrantes—, los debates públicos, las reacciones institucionales, las actuaciones judiciales e incluso los debates académicos se han detenido casi exclusivamente en sus efectos sobre la Ley 25871 y se han esgrimido diversos argumentos en su contra, en especial, aduciendo su carácter inconstitucional. Poco, en cambio, se ha dicho acerca los efectos de este DNU sobre la Ley de Ciudadanía y Naturalización.

Con el fin de completar el cuadro de los cambios introducidos por el actual gobierno en materia de tratamiento de la población extranjera residente en la Argentina, en este trabajo exploramos el impacto del DNU 70/17 sobre el derecho a la naturalización y la disputa de roles que se genera, en este contexto, entre los distintos poderes del Estado. Para ello haremos una lectura articulada de leyes, debates parlamentarios, audiencias públicas y sentencias judiciales que abordan la cuestión de la adquisición de la nacionalidad por parte de la población extranjera residente.

Comenzamos situando brevemente el tema en el marco general del impacto del DNU 70/17 sobre la Ley de Migraciones y el posicionamiento del Poder Judicial al respecto. Seguidamente, reseñamos aspectos nodales actuales e históricos de la Ley de Ciudadanía y Naturalización, las modificaciones introducidas por el DNU 70/17 y las sentencias judiciales que se expiden sobre la inconstitucionalidad del decreto en relación con la afectación que éste conlleva sobre la naturalización. A lo largo de este recorrido, hacemos hincapié en dos tensiones imbricadas que emergen en este contexto: por un lado, la pugna de funciones entre los poderes del Estado de cara a la naturalización, por el otro, la tensión basal entre la nacionalidad entendida como derecho o como prerrogativa del Estado. El artículo cierra explorando la productividad de una perspectiva de la nacionalidad como derecho progresivo para sumar argumentos que contribuyan a impugnar el DNU 70/17 sin refrendar la dimensión soberanista del Estado.

Contexto: breve repaso de los argumentos sobre la inconstitucionalidad del decreto 70/17 en relación con la Ley de Migraciones

Antes de adentrarnos en los ribetes del DNU 70/17 en lo que hace a su impacto sobre la Ley 346, conviene explicar brevemente cuáles son los

principales argumentos esgrimidos hoy para declarar la inconstitucionalidad de este decreto. Para ello nos atendremos a la sentencia, de marzo de 2018, elaborada por la Cámara del fuero Contencioso Administrativo Federal en relación con el recurso de amparo colectivo presentado contra el Estado Nacional y la DNM por un conjunto de organizaciones de la sociedad civil, encabezadas por el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS)².

La facultad del Poder Ejecutivo para dictar decretos como el que nos concierne se encuentra fuertemente restringida: por un lado, debe fundamentarse la “necesidad y urgencia” de tratar una materia por fuera del procedimiento legislativo; por el otro, una serie de contenidos no pueden ser abordados sino mediante tratamiento parlamentario; a saber, normas que regulan materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos. Además, la medida debe ser sometida, dentro de los diez días, a consideración de la Comisión Bicameral Permanente que, a su vez, en un plazo similar, deberá elevar su despacho al plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento (CN, art. 99. inc. 3).

En este marco, uno de los puntos más criticados del DNU 70/17 refiere a la débil justificación del “estado de necesidad y urgencia” que habilitaría su sanción. En primer lugar, frente al argumento esgrimido en la fundamentación del decreto sobre el aumento en los índices de criminalidad dentro de la población migrante y la necesidad de acelerar los procesos de expulsión del país, se ha señalado el recorte sesgado ofrecido de las estadísticas del sistema penitenciario:

Adviértase que en el considerando 15 del Decreto N° 70/2017 se afirma —sin indicar la fuente— que en 2016 la proporción de población extranjera sobre la población carcelaria total en las establecimientos penitenciarios federales “se incrementó” al 21,35% (esto es, un incremento de sólo 0,35% con relación a 2012). Este alegado incremento contradice entonces datos provenientes de las estadísticas oficiales que utiliza la Procuración Penitenciaria de la Nación donde, como ya se mencionó, se indicaba la existencia de una *disminución* de la población extranjera encarcelada en 2016 con relación al año anterior (v. el Informe Anual 2016 de ese organismo).

² El Centro de Estudios Legales y Sociales es un organismo de derechos humanos argentino creado en 1979, durante la última dictadura militar, que promueve la protección de los derechos y su ejercicio efectivo, la justicia y la inclusión social, a nivel nacional e internacional. Para llevar adelante su agenda de defensa de los derechos humanos recurre al litigio estratégico nacional e internacional, la investigación, la alianza con otras organizaciones, la incidencia en políticas públicas y la comunicación.

Por otra parte, en cuanto a la proporción de población extranjera alojada en todo el sistema carcelario argentino, en el Informe Anual 2016 del Sistema Nacional de Estadísticas sobre Ejecución de la Pena (SNEEP 2016), elaborado por la Dirección Nacional de Política Criminal/ Subsecretaría de Política Criminal, dependiente de la Secretaría de Justicia del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, se indica que el porcentaje es del 6% (...) Este porcentaje (6% de extranjeros en la población carcelaria total) se mantuvo constante, aun si se compara con estadísticas del período 2012 y los años subsiguientes elaboradas por el SNEEP (Argentina-CNCAF 22/3/2018: V.4).

Es de observar que la fundamentación el DNU solo toma en cuenta las estadísticas del Sistema Penitenciario Federal, donde la población extranjera (mas no necesariamente migrante, en el sentido de “residente”) se halla siempre sobre-representada, pues los delitos de narcotráfico son de índole internacional; pero, incluso tomando en cuenta este universo carcelario específico, las estadísticas no permitirían justificar un DNU.

La sentencia sostiene, además, que el DNU 70/17 presenta “un vicio en su finalidad”, pues su objetivo declarado —combatir la narcocriminalidad y la criminalidad— no se condice con las reformas que realiza, afectando los derechos y garantías del conjunto de la población migrante, que asciende a casi 2 millones de personas, según estimaciones actuales:

... el decreto contiene en sus fundamentos referencias a las vinculaciones entre la condición de extranjero y la criminalidad, y en particular con la “narcocriminalidad”. Sin embargo, regula un procedimiento especial que va más allá del tipo de delitos que se pretende combatir. El llamado “Procedimiento Migratorio Especial Sumarísimo” se aplica a *todas* las personas migrantes, sin importar el delito cometido; cualquiera fuera éste, y aún en casos de infracciones administrativas, se aplica el procedimiento especial de que se trata. Sin ingresar por ahora a las deficiencias que pueda contener esa regulación, lo cierto es que se verifica en este punto lo que se denomina una “desviación de poder”, vicio que afecta a la finalidad como elemento esencial del acto (Argentina-CNCAF 22/3/2018: V.4).

Aunque no hay un acuerdo respecto de la clasificación de la expulsión (consecuencia necesaria de la denegación de la permanencia y de la cance-

lación de la residencia) ya sea como sanción administrativa o como castigo penal³, las organizaciones de la sociedad civil han insistido en que el Estado solo puede hacer uso de esta prerrogativa soberana respetando el derecho de debido proceso⁴ del migrante. El decreto contamina este debido proceso cuando: a) propone trámites sumarásimos (que acortan los tiempos y las mediaciones jurídicas); b) duplica el plazo de retención del migrante y sanciona con la retención indefinida a aquellos migrantes que anteponen recursos para evitar su expulsión; c) otorga facultades discrecionales a la DNM, limitando las dispensas que solo el Poder Judicial debería evaluar y otorgar en caso de carencia de recursos del migrante para el acceso al patrimonio jurídico gratuito y de reunificación familiar⁵.

Otro punto señalado por el Juez de la Cámara para declarar la inconstitucionalidad del DNU 70/17 refiere a cuestiones de forma y apunta a la vulneración del principio de división de poderes y a las garantías procedimentales que deben regir la reforma de las leyes. El DNU habría eludido doblemente al Poder Legislativo, pues su constitucionalidad no fue verificada ni por la Comisión Bicameral Permanente del Congreso de la Nación ni, por tanto, *ex post*, por ambas cámaras. Si bien la Comisión Bicameral de Trámite Parlamentario llevó a cabo una audiencia extraordinaria en febrero de 2017, no se llegó a un dictamen y el tema no volvió a ser tratado⁶.

³ Cabe señalar, sin embargo, que la sentencia aquí analizada considera que no es materia penal y zanja rápidamente esta cuestión: “En rigor, no se trata de materia penal, sino de la denominada ‘coerción formalmente penal’ o, como se explica en la expresión de agravios, de las consecuencias ‘colaterales’ derivadas de la comisión, cierta o presunta, de los delitos. Tales consecuencias no son penas en el sentido del derecho criminal, sino restricciones o sanciones administrativas; es decir, medidas de esta última naturaleza” (Argentina-CNCAF 22/3/2018: VI).

⁴ “Ningún *habitante* de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo. Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos...” (Constitución Nacional, art. 18; el destacado es nuestro).

⁵ En ese sentido, el decreto desconoce el funcionamiento del principio de interés superior del niño —central en la Convención sobre la Protección de los Derechos del Niño, con jerarquía constitucional en nuestro país—, así como las recomendaciones de la Opinión Consultiva 21 sobre Niñez Migrante y el rol primordial del Poder Judicial.

⁶ Entre otros puntos, se debatió si la expulsión es o no una pena y los argumentos esgrimidos en la audiencia en la Comisión Bicameral recordaron aquellos que tuvieron lugar en el Congreso alrededor de la Ley 4144 de Residencia del año 1902.

El mero silencio del Congreso carece de fuerza de ley ni puede dársele a una disposición de naturaleza legislativa dictada por el Poder Ejecutivo. En consecuencia, ¿Durante cuánto tiempo un decreto de necesidad y urgencia puede y debe estar sometido a tratamiento parlamentario y preservar su vigencia, si para adquirir fuerza de ley depende de que el Congreso, por cada una de sus Cámaras, lo ratifique de manera expresa? (Argentina-CNCAF 22/3/2018: IV).

II. EL DNU 70/17 y la Ley N°346 de Ciudadanía y Naturalización

Sobre la Ley de Ciudadanía y Naturalización

Los temas de ciudadanía y naturalización se rigen actualmente en la Argentina por una pieza normativa sancionada durante el período de consolidación del Estado nacional, en el marco de los debates sobre la “cuestión de la población”. Habiendo emprendido la tarea de crear una nación con aptitudes para la convivencia republicana, las élites decimonónicas fomentaron la inmigración europea otorgando tempranamente a los extranjeros que la Nación esperaba acoger en su seno derechos civiles en igualdad con los nativos. Los derechos políticos —pensados en un contexto de voto censitario y democracia restrictiva— por su parte, se mantuvieron como prerrogativa exclusiva de los argentinos; aun así, el interés por la formación de una masa trabajadora que, por su carácter “civilizado”, garantizara la estabilidad política necesaria para afianzar el crecimiento económico quedó plasmado en la instrumentación de la naturalización, que resuelve la adquisición del derecho a sufragio en comicios nacionales por parte de la población inmigrante en clave de nacionalidad pues la cuestión central era asegurarse de que todos quienes fueran “enunciadores” políticos fueran nacionales.

La Constitución Nacional de 1853 ya expresaba que los extranjeros “obtienen nacionalización residiendo dos años continuos en la Nación”⁷ (art. 20). La Ley 346 de Ciudadanía y Naturalización, sancionada en 1869⁸,

⁷ En rigor, en 1853 se apuntaba “Confederación”. El término fue modificado con la reforma constitucional de 1860, luego de la firma del Pacto de San José por el cual el Estado de Buenos Aires se integró a la Confederación Argentina.

⁸ Su antecedente fue la Ley de Nacionalidad N° 145 de 1957, que recogía el artículo 20 de la Constitución Nacional, asignando el otorgamiento de la carta de naturalización a la Justicia.

estableció los criterios y modalidades de atribución de la nacionalidad argentina, la cual, a su vez, se impuso como condición para ser ciudadano y estar formalmente habilitado para la participación política. En su artículo 2, rezaba que “son ciudadanos por naturalización los extranjeros mayores de 18 años, que residiesen en la República dos años continuos y manifestasen ante los jueces federales de sección su voluntad de serlo”. Su decreto reglamentario de 1931 dispuso que la residencia en el país debía ser “inmediata y continua”. Elaborada en un contexto donde aún no entraba en escena la noción de “ilegalidad” migratoria ni se había desplegado el poder restrictivo del Estado en esta materia, esta norma sufrió una serie de vaivenes coyunturales⁹. Una modificación importante surgió con la reforma constitucional de 1949 durante el gobierno del Gral. Perón, en la cual, además de agregarse una modalidad automática de naturalización luego de cinco años de residencia en el territorio nacional (salvo expresa manifestación en contrario), se añadía la exigencia de ingreso al país (no necesariamente de permanencia) “sin violar las leyes”. Es decir, se incorporaba por vía constitucional un requisito de legalidad a la residencia para el otorgamiento de la nacionalidad/ciudadanía (CN 1949, art. 31). Esta precisión, sin embargo, nunca se vio reflejada en la nueva Ley de Nacionalidad N°14354 de 1954, que derogó la Ley 346, ni en su decreto reglamentario (N° 7604 de 1955). La Ley 346 reestablecida¹⁰ con el golpe militar de 1955 contra el gobierno del presidente Perón, al igual que la Constitución de 1853/60 y, dos décadas más tarde, un nuevo gobierno militar la reformó en el sentido de agregar la residencia “en forma legal” como requisito expreso para la naturalización¹¹. En 1978, este requisito fue refrendado en una nueva ley de nacionalidad, Ley 21975, que sustituyó a la Ley 346¹², estableciendo la necesidad de contar con “dos años de residencia legal continuada en el territorio de la República” (art. 5 inc. b). Sin embargo, con el retorno al sistema democrático en 1983, la Ley 346 volvió a entrar en vigor¹³ sin mención del requisito de legalidad de la residencia, mientras que las referencias a la naturalización incluidas en la Constitución Nacio-

⁹ Las modificaciones más importantes, sin embargo, afectaron principalmente el componente de ciudadanía y la aplicación específica de la ciudadanía por opción.

¹⁰ Decreto ley 14194/1956.

¹¹ Ley 21610/1977.

¹² La Ley 21795/1978 fue reglamentada por el decreto 2367 del mismo año.

¹³ Mediante de la derogación de la Ley 21795/78 por parte de la Ley 23059/1984.

nal de 1853/60 no fueron modificadas en la reforma constitucional de 1994, a través de la cual se incorporaron los instrumentos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos ratificados por el Estado argentino.

La Ley 346, entonces, establece quiénes pueden ser ciudadanos argentinos y a través de qué vías, e instala la triple categorización de argentinos nativos (criterio *jus soli*), argentinos por opción (criterio *jus sanguinis*) o ciudadanos por naturalización. Expresa, como en su versión original, que son ciudadanos por naturalización “los extranjeros mayores de 18 años, que residiesen en la República dos años continuos y manifestasen ante los jueces federales de sección su voluntad de serlo”¹⁴. En esta definición cabe resaltar dos puntos. El primero es que, a diferencia de lo que sucede en otros países, donde la decisión de la naturalización se toma por vía legislativa o ejecutiva, aquí *el proceso se desarrolla por vía judicial* (actualmente recae sobre el fuero Civil y Comercial Federal). El segundo es que, frente a los diez o quince años que actualmente exigen otros países que constituyen destinos migratorios importantes, *el corto lapso establecido como requisito de residencia habla de una intención originaria de producir sujetos nacionales* antes que de evaluar, reconocer y/o premiar al extranjero por su trayectoria de integración a la nación.

Por su parte, en las disposiciones generales de la ley, se establecen algunos lineamientos sobre la obtención de la Carta de Ciudadanía, los cuales reciben mayor elaboración en el decreto reglamentario 2313, que data de 1984. Este decreto, entre otras cosas, añade causales para la denegación del otorgamiento de la ciudadanía argentina por naturalización, a saber (art.3): a) no tener ocupación o medios de subsistencia honestos; b) estar procesado en el país, o en el extranjero por delito previsto en la legislación penal argentina; c) haber sido condenado por delito doloso, ya fuera en el país o en el extranjero, pena privativa de libertad mayor de tres (3) años, salvo que la misma hubiere sido cumplida y hubieren transcurrido cinco (5) años. Y también se expande en el principio de no discriminación, estableciendo que no podrá negarse la ciudadanía argentina por motivos

¹⁴ Independientemente del tiempo de residencia en el país, podrán solicitar la naturalización quienes hayan desempeñado empleos públicos con honradez, servido en las FFAA, hayan establecido nueva industria o invención, o acción que signifique adelanto moral o material, formen parte de las colonias, ejerzan la docencia, tengan cónyuge o hijo argentino nativo, o promuevan el poblamiento del territorio de Tierra del Fuego e Islas del Atlántico Sur.

fundados en razones políticas, ideológicas, gremiales, religiosas o raciales, en acciones privadas o en caracteres físicos de los solicitantes. La ciudadanía sólo se suspende cuando compruebe fehacientemente que fue otorgada invocando hechos falsos para su obtención.

Un aspecto fundamental para vislumbrar los alcances del dispositivo de la naturalización son los requisitos exigidos para encauzar la solicitud. En este sentido, establece un núcleo duro de requisitos pero deja abierta la posibilidad de pruebas supletorias. Por ejemplo, el decreto establece que el interesado debe acreditar fecha y lugar de nacimiento, la nacionalidad o ciudadanía de origen mediante certificado de nacimiento, pasaporte del país originario visado por el Cónsul argentino del lugar, Documento Nacional de Identidad, admitiéndose, de ser necesario, prueba supletoria a criterio del juzgado. Además —y más importante para la discusión que nos ocupará en los próximos apartados—, el solicitante debe ofrecer prueba de los dos años de residencia continua en el país, la cual podrá acreditarse (no se menciona obligatoriedad) por medio de una certificación de la DNM, sin perjuicio de otros medios de prueba de que pudiera disponerse. La normativa vigente desde el retorno a la democracia, por tanto, no establece expresamente el requisito de la regularidad administrativa de la residencia para adquirir la nacionalidad.

La Ley 346 en contexto de promoción de los Derechos Humanos: interpretaciones judiciales

Cabe destacar que, a partir de la sanción de La Ley de Migraciones N° 25.871, que recoge una perspectiva de Derechos Humanos en consonancia con la reforma constitucional de 1994, surgió jurisprudencia que imprimió al dispositivo de la naturalización en Argentina un alcance potencial impensable en otros contextos nacionales. Una de las controversias tratadas por la Justicia fue la de la naturaleza del requisito de la residencia exigible para poder solicitar la Carta de Ciudadanía¹⁵. Dado que la Ley

¹⁵ Por otro lado, la norma no menciona la obligatoriedad de renunciar a la nacionalidad de origen. Así, la Corte Suprema determinó, en 2007, que la obtención de una nacionalidad distinta a la de origen era perfectamente admisible y que una persona podía optar por la nacionalidad argentina o naturalizarse argentino sin perder la de origen. Fallo Padilla, Miguel M. s/ presentación, P. 1571. XL. 330: 1436, 2007.

346 no establece de manera fehaciente la naturaleza *formal* del requisito de dos años de residencia continua para solicitar la ciudadanía, en diversas instancias la Justicia se pronunció en contra de la exigencia de un permiso de residencia, sea definitiva, sea temporal, como condición para la naturalización¹⁶. El fallo más representativo en esta línea fue emitido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en 2009, estableciendo que no es necesario encontrarse en situación migratoria regular para acceder a la ciudadanía (Argentina-CSJN 2009).

Lejos de una justificación meramente formal de este distingo, el Poder Judicial insistió en la importancia de su propio rol en el otorgamiento de la Carta de Ciudadanía, con total independencia de las funciones asignadas al Poder Ejecutivo en materia de control migratorio:

... cabe efectuar un distingo respecto de ambas cuestiones, toda vez que la normativa que regula la situación migratoria se circunscribe al ámbito del ingreso y permanencia de extranjeros, distinto del planteado en el supuesto del extranjero que, como en el presente caso, solicita la naturalización. Dicho de otro modo: una vez presentada la solicitud para obtener la carta de ciudadanía, comienzan a regir las reglas relativas a la ciudadanía y naturalización y es facultad de la justicia federal resolver la cuestión, tal como lo establece la ley 23.059 y su decreto reglamentario (art. 2, inc. 1 y art. 3, primera parte, inc. b, respectivamente). Consecuentemente, no hay elementos que per-

¹⁶ Arlettaz (2017:11) resalta que, si bien “algunos constitucionalistas opinaban (...) que este requisito se encontraba implícito” (ver, por ejemplo, Ekmekdjian, 1994, t. 2, pp. 547-548; Rosatti, 2011, t. II, p. 42) fueron múltiples los fallos judiciales que argumentaron en su contra. Este autor cita como ejemplos los siguientes: “Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, *Zheng Wei*, 29/05/2011. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, *Chittenden Collison Caspar Francis*, 01/03/2011. Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, Sala III, *Jáuregui Nájera*, 18/09/2007. Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, Sala III, *C. M., G.*, 20/11/2008. Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, Sala III, *C. H. A. M.*, 17/09/2009. Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, *Li, Mao*, 28/04/2016”. Además, cita como antecedentes: “Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, plenario, *González Morales, Nancy Leda Maribel*, 21/11/1996, [donde] se había rechazado que la radicación definitiva fuera un requisito para la naturalización (el solicitante había residido en el país durante más de dos años al amparo de un permiso de residencia temporal, no definitivo). También se había dicho (incidentalmente, porque no era necesario para resolver el caso) que la legalidad de la residencia no era un requisito de la nacionalización”.

mitan concluir que las categorías establecidas en la ley de migraciones resulten determinantes en orden a la configuración de la residencia, en cuanto requisito fundamental para la obtención de la ciudadanía por naturalización. (Argentina-CSJN 2009. El destacado es nuestro).

Esta sentencia resulta altamente emblemática: en un acto performativo de legitimación del poder —también performativo— de la Justicia, para ejecutar el “rito de pasaje” específico dentro de la “magia social” por el cual un extranjero “transmuta” en nacional (Sayad 1993, 26), la instancia superior del propio sistema judicial da un paso en dirección a separar el mecanismo de la naturalización, íntimamente vinculado con el ejercicio pleno de la ciudadanía, de los mecanismos de control migratorio, delineando un umbral entre un orden migratorio (interno y extranjerizante) y un campo de su competencia que es de orden interno (pero nacionalizante).

El impacto del DNU 70/17 sobre la Ley N°346: fundamentos de su “necesidad y urgencia”

En el marco de la infundada preocupación expresada en los considerandos del DNU 70/17 respecto del incremento de personas extranjeras recluidas en cárceles federales y su alta representación en delitos de narcocriminalidad, el Poder Ejecutivo señala que, como consecuencia de los controles implementados por la actual gestión de la DNM, se han detectado “nuevas modalidades de fraude a la ley migratoria, consistentes en un uso abusivo y contrario a los fines de la ley del instituto de la residencia precaria” (“papel” que certifica que el extranjero ha solicitado un permiso de residencia sobre el cual la DNM aún no se ha expedido). Este “uso abusivo” tornaría indispensable la modificación de la Ley N°346, a fin de precisar que es requisito tener *residencia permanente o temporaria* de forma continua durante los dos años anteriores a la solicitud de la Carta de Ciudadanía, a los efectos del cómputo del arraigo necesario para acceder a la nacionalidad por naturalización. Por lo tanto, junto a los cambios principales ordenados en el DNU, se establece que:

ARTÍCULO 27. — Sustitúyese el inciso 1° del artículo 2° de la Ley N°346 por el siguiente:

1°. Los extranjeros mayores de DIECIOCHO (18) años que acrediten haber residido en la REPÚBLICA ARGENTINA de acuerdo al marco normativo migratorio vigente, como residentes permanentes o temporarios, en forma continua durante los DOS (2) años anteriores a la solicitud y manifestasen ante los jueces federales su voluntad de serlo.

Adicionalmente, en una audiencia especial convocada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 20 de marzo de 2017 para tratar el DNU 70/17, agentes de gobierno expresaron que:

... en lo que fue del 2016, se incrementó la solicitud para la constatación de situación migratoria para otorgamiento de Carta de Ciudadanía... aumentó en un total de 200%. Es decir, los juzgados nos consultan cuál es la situación migratoria de las personas para otorgarles la ciudadanía argentina en un 200% más que el año anterior. Esto es porque cuando la DNM empieza a controlar la situación de algunos migrantes que no se han presentado, como marca la ley, a regularizar sus papeles, recurren a ese mecanismo evitando la ley migratoria argentina (Julián Curi, Subdirector Nacional de Migraciones)¹⁷.

Los supuestos, entonces, serían 1) que hay un aumento desmedido de pedidos de ciudadanía, 2) que el motor principal de esos pedidos es evitar cumplir con las condiciones que impone la ley de migraciones y 3) que los nuevos solicitantes de la Carta de Ciudadanía son personas en situación irregular, “clandestina” o “ilegal”. Más adelante retomaremos esta concatenación de supuestos. Por el momento nos interesa resaltar que, con ella, el DNU vuelve a vincular la esfera de la ciudadanía con la del control migratorio a través del énfasis en la asociación migración-irregularidad-criminalidad. En suma, en materia de naturalización, este decreto se encaminó a cerrar una puerta para la integración cívica (de Lucas 2008) de personas extranjeras que podían acreditar una residencia *efectiva* en el país por más de dos años y resultaban probos para el Poder Judicial.

¹⁷ El video de la Audiencia se encuentra disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=yMPoC03fn7o> (accedido 8/8/2017).

Argumentos de inconstitucionalidad I: del avasallamiento de las funciones del Poder Legislativo. La Justicia como garante del buen funcionamiento de la República en lo que hace a la división de poderes

En este apartado analizaremos los argumentos esgrimidos por el Poder Judicial para declarar la inconstitucionalidad del DNU 70/17 en base a la afectación de la Ley N°346, completando así el arco de razones que fundamentan su rechazo. Nos detendremos, por un lado, en dos sentencias de 2018 (Argentina-CNACCF 10/7/2018; Argentina-CFLP 24/5/2018) para comprender la afectación de derechos y competencias operada por este DNU con vistas a “endurecer” las condiciones exigidas para el acceso a la Carta de Ciudadanía; y, por otro lado, volveremos sobre los argumentos esgrimidos por la Corte Suprema, en la mencionada sentencia de 2009, respecto de las características específicas y diferenciadas del derecho a la naturalización dentro del campo de poderes involucrados en la política relativa a los extranjeros residentes en el territorio nacional.

En primer lugar, a diferencia de las críticas dirigidas al DNU por el uso sesgado y tendencioso de las estadísticas del sistema penitenciario federal para justificar la modificación de la ley de migraciones, las sentencias aquí analizadas señalan una absoluta falta de información para fundamentar la supuesta “modalidad de fraude a la ley de migraciones” que sustentaría la modificación la Ley N°346: las sentencias arguyen que se trata de un mero “enunciado”. En efecto, el Poder Ejecutivo no aporta cifras que correlacionen irregularidad migratoria, “delincuencia” y aumento de las solicitudes de naturalización. Las sentencias recalcan que una “afirmación dogmática” tal de ninguna manera justificaría la “necesidad” y la “urgencia” de legislar en esta materia pasando por encima del Poder Legislativo (Argentina-CNACCF 10/7/2018: IV; Argentina- CFLP 24/5/2018: I.2.6).

... la asunción de funciones propias del Congreso no puede justificarse con la mera alegación de una modalidad de fraude a la ley migratoria que repercute en la ley de ciudadanía. No hay ninguna explicación con relación (...) a esa práctica fraudulenta sino una mera afirmación dogmática. Repárese que los cambios en la legislación migratoria fueron justificados —con independencia de que ello supere o no el estándar establecido por la Corte— desde distintas perspectivas, incluso con el empleo de datos estadísticos respecto de

los extranjeros (...) La mera alegación de una eventual práctica fraudulenta es absolutamente insuficiente para justificar el ejercicio de facultades que corresponden al Congreso (Argentina-CNACCF 10/7/2018: VIII).

En segundo lugar, una observación clave y de fondo realizada en una de las sentencias es que, según la Constitución Nacional, la regulación del derecho a la nacionalidad/ciudadanía es una tarea específicamente delegada por el constituyente al Congreso de la Nación: “Corresponde al Congreso: (...) Dictar (...) especialmente leyes generales para toda la Nación sobre naturalización y nacionalidad, con sujeción al principio de nacionalidad natural y por opción en beneficio de la argentina (...) (Artículo 75, inciso 12, Constitución de la Nación Argentina)” (Argentina-CFLP 24/05/18: I.2.5).

Ya en 2009, la Corte Suprema, sobre la base de los argumentos esgrimidos por el Congreso de la Nación en 1984 para restaurar la Ley 346, insistía en que esta ley, al determinar quiénes pueden ser nacionales y quiénes no, forma parte del “núcleo de constitucionalidad” de la República Argentina y que, por lo tanto, no puede ser reformada a la ligera, sin un debido debate y bajo el resguardo específicos procedimientos consultivos:

La Constitución fue dictada para “constituir” el país futuro, inexistente todavía en el momento de su sanción. Los preceptos referentes a la nacionalidad se presentan por ello como normas “constitutivas” de la Nación, que no pueden ser alteradas sustancialmente sin vulnerar de manera esencial los fundamentos de la República. (...) no se trata de una ley más (...) rige uno de los tres elementos fundamentales del Estado, pues con dicho régimen se determina en definitiva quiénes son argentinos, quiénes no lo son y cuáles son sus derechos (Argentina-CSJN 2009).

Parece quedar, así, firmemente establecido que las discusiones jurídico-formales acerca de las condiciones exigidas o exigibles para el otorgamiento de la Carta de Ciudadanía *deben* darse en el Congreso. Ahora bien, ¿cuáles son los límites legítimos impuestos por el sistema republicano a la reforma de la Ley de Ciudadanía? y ¿cuáles son los “usos políticos” legítimos o ilegítimos de la naturalización como modo de inclusión o exclusión en/de la comunidad política argentina?

Respecto de los límites a la reforma de esta ley, es preciso remarcar que la naturalización, reconocida como parte del “núcleo de constitucionalidad”

de la República Argentina, no debería ser alterada sino bajo circunstancias muy excepcionales; sin embargo, en los fallos que aquí analizamos, la naturalización también aparece concebida como una prerrogativa estatal que puede “restringirse según las circunstancias”, no aplicando aquí, por ejemplo, el principio de progresividad de los derechos. El hecho de que estas dos posiciones contrapuestas sean sostenidas al mismo tiempo en el seno de la Justicia nos remite a la permanente tensión y difícil convivencia entre el principio de soberanía de los Estados con los derechos humanos.

Siendo el Estado el que establece la posibilidad de adquirir la nacionalidad a quien originariamente era extranjero, es natural que las condiciones y procedimientos para esa adquisición sean materia que dependa predominantemente del derecho interno. Siempre que en tales regulaciones no se vulneren otros principios superiores, es el Estado que otorga la nacionalidad, el que ha de apreciar en qué medida existen y cómo se deben valorar las condiciones que garanticen que el aspirante a obtener la nacionalidad esté efectivamente vinculado con el sistema de valores e intereses de la sociedad a la que pretende pertenecer plenamente. Es igualmente lógico que sean las conveniencias del Estado, dentro de los mismos límites, las que determinen la mayor o menor facilidad para obtener la nacionalidad; y como esas conveniencias son generalmente contingentes, es también normal que las mismas varíen, sea para ampliarlas, sea para restringirlas, según las circunstancias. De ahí que no sea sorprendente que en un momento dado, se exijan nuevas condiciones, enderezadas a evitar que el cambio de nacionalidad sea utilizado como medio para solucionar problemas transitorios sin que se establezcan vínculos efectivos reales y perdurables que justifiquen el acto grave y trascendente del cambio de nacionalidad. (Argentina-CNACCF 10/7/2018: III).

Respecto de los “usos políticos” de la naturalización, ambas sentencias señalan que la Ley 346 si bien fue sancionada tempranamente en 1869, “cuenta con una singular trayectoria de modificaciones, abrogaciones y restituciones de su vigencia” (Argentina-CFLP 24/5/2018: II.2.5) que daría cuenta del “carácter eminentemente político” de la Ley de Ciudadanía: “sus cíclicas modificaciones acompañaron mudanzas axiológicas, no siempre en línea con los valores de la república democrática” (*Ibidem*). Mientras que las sucesivas modificaciones introducidas por los gobiernos *de facto* buscaron restringir y negar la ciudadanía de migrantes (ya sea de los nacionales que vivían en el extranjero, o de los extranjeros que vivían en la Ar-

gentina) por razones políticas, ideológicas, gremiales, religiosas o raciales; los gobiernos democráticos buscaron, cada vez, restituir la plena vigencia de la Ley 346 con el objetivo de depurar cualquier vicio discriminatorio. En lo que hace a la argumentación contra el DNU 70/17, cabe notar que siempre que se restringió el derecho a la naturalización mediante la imposición de nuevas condiciones, se lo hizo “de espaldas a la sociedad”, pasando por encima del Congreso y durante gobiernos de facto. Este fue el caso de la sanción de la Ley de Ciudadanía N° 21.795/1978:

El más absoluto de los secretos cubrió los estudios y el trámite de la ley de facto. Apareció un día cualquiera en el Boletín Oficial, como un hecho consumado, sin que el pueblo hubiera tenido previamente noticia de que en alguna oficina gubernamental se estaba estudiando el tema. Un ejemplo más de la política desinformación pública habitual en el régimen militar, con el deliberado objeto de privar al pueblo y a la opinión pública de la más mínima oportunidad de hacer objeciones o comentarios previos. Tanto fue el secreto que ni siquiera se consultó a las entidades profesionales o académicas más afines al régimen (...) La falta de publicidad del proyecto y de su trámite es otro aspecto que el Congreso elegido por el pueblo debe repudiar de la manera más enérgica y terminante si de veras se desea consolidar la democracia constitucional que tenemos que ir construyendo. (Argentina-CDN 19 y 20/1/1984: 801)

El DNU 70/17, como señalaron las organizaciones de la sociedad civil y la academia oportunamente en la sesión extraordinaria de la Comisión Bicameral Permanente de Trámite Parlamentario, de febrero de 2017, y en la sesión especial frente a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de marzo de ese año, replicó la metodología empleada por los gobiernos de facto, al restringir las condiciones de acceso a la naturalización sin tomar en cuenta la jurisprudencia que señala lo contrario y al pasar por encima del Congreso. Si a esto se suma la larga lista de recientes cambios normativos e institucionales reseñada al comienzo de este artículo y la creación, mediante un decreto del 24 de julio de 2018, del Plan “Fronteras Protegidas” —que habilita, entre otras cosas, a las Fuerzas Armadas a intervenir en temas de seguridad interior para “combatir el narcotráfico y el crimen organizado transnacional” —se hace evidente que el cambio de la tradicional Ley 346 responde hoy también a “fines persecutorios” y a habilitar “sanciones por vía encubierta”.

Argumentos de inconstitucionalidad II: sobre la especificidad de la función judicial en materia de naturalización

En el anterior apartado, recogimos los argumentos que dictaminan por qué y en qué medida la determinación de los alcances de la Ley de Ciudadanía y Naturalización es una prerrogativa del Poder Legislativo. En este apartado, avanzamos sobre otros argumentos que, inspirados en la doctrina de la Corte Suprema de Justicia, predicán la inconstitucionalidad del DNU 70 en base a la especificidad del rol del Poder Judicial en el otorgamiento de la carta de ciudadanía.

También en esta línea de argumentación, las impugnaciones al DNU 70/17 recuperan la sentencia de la Corte Suprema de 2009 en lo que hace a la distinción entre un ámbito de gestión/control migratorio, que recae sobre el Poder Ejecutivo, y un orden de regulaciones internas dentro del cual se dirime el otorgamiento de Cartas de Ciudadanía, que sería de exclusiva competencia del Poder Judicial. Los requisitos exigidos a las personas en una y otra esfera son, por tanto, diferentes. En el ámbito de la Justicia, la Corte ha establecido que la “residencia de hecho” es independiente de la “residencia de derecho” (o sea, la categoría migratoria otorgada al extranjero) y basta con que sea probada por cualquier medio para tener acreditado el requisito para la naturalización. Más aun, los argumentos judiciales contra el DNU invocan a la Corte Suprema cuando, insistiendo sobre la independencia del Poder Judicial frente a las resoluciones sobre residencia de la DNM, dictamina que que la irregularidad no es un delito y puede ser purgada a través de los antecedentes y el recto comportamiento:

El Tribunal admitió que la condición irregular de la permanencia en la República del extranjero —como sucede en el caso— puede ser purgada no sólo por la demostración de que nada hay de objetable en los antecedentes cuya comprobación se eludió, sino también mediante la justificación del recto comportamiento en el país durante un tiempo razonablemente suficiente para ponerlo a prueba y acreditar que responde a una leal voluntad de arraigo y subordinación a los principios rectores de la vida nacional, que habilite para invocar la garantía constitucional de permanecer en el territorio (Argentina-CNACCF 10/7/2018: III).

El agregado que opera el DNU, entonces, excedería lo meramente administrativo y tergiversaría el espíritu de la Ley 346. El decreto vulneraría la división de poderes del Estado al anteponer requisitos emanados de la

DNM para decidir si una persona se halla en condiciones de solicitar la ciudadanía argentina. En esta especificación de roles, la Justicia resalta el papel de la DNM como un actor partícipe *dentro* del propio proceso judicial de la naturalización, que puede hacer uso de las funciones otorgadas en ese marco. Y si pretender extender el rol de la DNM ya reconocido dentro del procedimiento previsto por la ley constituiría un vicio de finalidad del DNU, pasar por alto la especificidad de estos roles también sería problemático. Esto se observa, por ejemplo, en el caso de la indebida justificación de la situación de “necesidad y urgencia” —un problema de forma, como dijimos—, donde meramente se enuncia la existencia de “prácticas fraudulentas” y de un incremento significativo de las solicitudes de naturalización sin documentar tal afirmación con la evidencia pertinente, producida primariamente por el Poder Judicial, actor relevante que queda excluido de la formulación del planteo de reforma de la Ley 346 y, a su vez, involucrado en las situaciones denunciadas en los fundamentos del DNU. De ahí que el Poder Judicial alegue en su defensa que, si bajo su fuero han tenido lugar “prácticas fraudulentas”, es preciso fundamentar bajo qué circunstancias habrían ocurrido, así como presentar informes e investigaciones para dar sustento a tales afirmaciones.

Debe advertirse que el otorgamiento de la carta de ciudadanía es competencia del Poder Judicial, esto es, que no hay posibilidad de que ningún extranjero la obtenga si no es mediante un proceso que requiere de la evaluación de informes de la Dirección Nacional de Migraciones y de los organismos competentes para informar sobre la existencia de antecedentes penales. Exige además acreditar un modo honesto de subsistencia y el proceso tramita con la intervención del Ministerio Público que vela también por el principio de legalidad. No se explica en qué consistiría la práctica fraudulenta y, en su caso, bajo qué circunstancias ello ocurre. **Si se trata de casos aislados o un número considerable; si ha mediado denuncia penal al respecto; si ha solicitado la revisión de procesos tramitados fraudulentamente, etc.** (Argentina-CFLP 24/5/2018: II. El destacado es nuestro).

De hecho, un estudio sobre naturalización de extranjeros en Argentina en el período 2000-2015 basado en información proveniente de los Juzgados Federales en lo Civil y Comercial a lo largo del país y centralizada en la Cámara Nacional Electoral (Courtis, 2018) aporta datos que pueden disipar sospechas sobre la masividad de la “práctica fraudulenta” de solicitar la ciudadanía para esquivar la ley migratoria. La Cámara Nacional Electoral

reporta que se tramitaron 61.940 solicitudes de Carta de Ciudadanía en los Juzgados Federales; el mínimo de trámites fue de 681, que corresponden a 2.000 y el máximo, de 2015, es de 6.782. En términos generales, estos trámites aumentan o se multiplican diez veces en quince años. Pero el gran salto no se da en los últimos años, sino que se observa en 2006, con un pasaje de casi dos mil a cinco mil trámites, y se consolida en 2007, cuando comienzan a estabilizarse esas cifras anuales más altas. Es decir, el aumento tuvo lugar después de la implementación del programa de regularización para ciudadanos de fuera de la órbita del Mercosur¹⁸ y el mismo año del lanzamiento del Programa de Normalización Documentaria Migratoria “Patria Grande”, que dio el puntapié inicial para operacionalizar el criterio de ciudadanía incorporado en la Ley de Migraciones N° 25.871 favoreciendo a los ciudadanos de países del Mercosur y asociados a él¹⁹. Al menos hasta 2009 —año en que la Corte Suprema toma posición respecto del alcance amplio del término “residencia” en la Ley de Ciudadanía y Naturalización—, no es posible afirmar que las personas que buscan natu-

¹⁸ En 2004, mediante el Decreto 1169 (06/09/2004) sobre “Regularización migratoria de ciudadanos nativos fuera de la órbita del MERCOSUR”, la autoridad migratoria asumió el “imperativo ético” de facilitar la regularización de los inmigrantes no nativos de países del MERCOSUR que se encontraran residiendo de hecho en la Argentina. La medida, abierta por un plazo de seis meses, permitió la regularización de alrededor de 12.000 personas.

¹⁹ En consonancia con los lineamientos establecidos por la Ley de Migraciones 25.871, en 2005, se instruyó a la DNM (Decreto N° 578/05) a implementar, en el marco Programa Nacional de Normalización Documentaria (Decreto N° 836/04), la regularización migratoria de los extranjeros nativos de los Estados Parte del Mercosur y sus Estados Asociados que se encontraban residiendo en la República en situación irregular, con anterioridad al 17 de abril de 2006. Para llegar efectivamente a todos los rincones del país, y contar con múltiples bocas de toma de trámites, colaboraron con la DNM más 560 instituciones públicas y privadas (gobiernos provinciales y municipales, consulados extranjeros, iglesias y organizaciones de la sociedad civil). Entre 2006 y 2010, adhirieron a este programa casi medio millón de extranjeros que se hallaban en situación irregular. A mediados de 2010, se reglamentó la Ley de Migraciones (Decreto 616/2010), institucionalizándose el criterio de “nacionalidad de país del Mercosur” como habilitante para la obtención del permiso de residencia. Según el CELS: “Entre 2004 y 2015 se resolvieron alrededor de 2.100.000 trámites de regularización migratoria. Cerca del 88% se resolvió a partir de 2008, luego de ajustes y ampliaciones de los programas. En 2009, se iniciaron 153.030 trámites, y en 2012 este número subió a 304.251. En los años siguientes la cifra se mantuvo en alrededor de 260.000” (CELS 2017: 194).

ralizarse hayan “especulado” con la residencia precaria o la residencia por fuera de los términos de la ley migratoria para obtener la ciudadanía. Pero tampoco puede pensarse fácilmente que ello haya sucedido después de ese año, pues los datos del estudio ponen en evidencia que los grandes protagonistas del incremento de las solicitudes de ciudadanía son personas de origen peruano, boliviano y paraguayo quienes, por su nacionalidad, tienen, ya desde 2006, buenas chances de regularizar su situación migratoria o de obtener permiso de residencia según la Ley de Migraciones 25.871 vigente desde 2004.

III. Digresiones: ampliando miradas para potenciar argumentos

Hemos visto que, al fallar sobre el DNU 70/17, la Justicia ha encontrado que el decreto presenta problemas de forma y de fondo. Los primeros remiten, esencialmente, a la deficiente justificación de la situación excepcional que legitimaría la “necesidad y urgencia” de modificar dos leyes nacionales por fuera del trámite parlamentario ordinario y al incumplimiento de su tratamiento inmediatamente posterior en el Congreso. En el caso de la Ley de Migraciones, la deficiencia se observa en el uso sesgado de datos sobre migración y delincuencia; en el de la Ley de Ciudadanía y Naturalización, en la omisión de presentar evidencia que de cuenta de las “prácticas fraudulentas” que “afectarían” los procesos de naturalización. Entre los problemas de fondo, destaca el planteo de la “nacionalidad” como “núcleo de constitucionalidad” de la República.

Vimos que, en los fallos sobre el DNU, la “nacionalidad” aparece concebida como derecho —incluso en términos de derecho humano— y, en una relación tensa, también como prerrogativa soberana del Estado. Si bien esta contradicción se anida en el propio Derecho Internacional de los Derechos Humanos y tiene presencia hegemónica en las actuaciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) que constituyen referencias jurisprudenciales de las sentencias aquí analizadas, creemos que es necesario repensarla para arribar a argumentos superadores y más potentes que contribuyan a impugnar el decreto que nos concierne.

La CIDH opina que la situación regular de una persona en un Estado no es condición necesaria para que dicho Estado respete y garantice el

principio de la igualdad y no discriminación, que tiene carácter fundamental y debe ser garantizado tanto a sus ciudadanos como a toda persona extranjera que se encuentre en su territorio (CIDH 2003: 118; CIDH 2005: 155). En esa línea, la CIDH sostiene que “el estatus migratorio de una persona no puede ser condición para el otorgamiento de la nacionalidad por el Estado, ya que la calidad migratoria no puede constituir, de ninguna forma, una justificación para privar a una persona del derecho a la nacionalidad” (Arlettaz 2015:431). Simultáneamente, la Corte distingue entre discriminación y trato diferenciado, postulando que el Estado no puede discriminar o tolerar situaciones discriminatorias en perjuicio de los migrantes, pero sí puede otorgar un trato distinto a los migrantes documentados con respecto de los migrantes indocumentados, o entre migrantes y nacionales, siempre y cuando este trato diferencial sea razonable, objetivo, proporcional, y no lesione los derechos humanos (CIDH 2003: 119).

En sustancia, como bien sintetiza Arlettaz, el derecho humano a la nacionalidad, reconocido por el Derecho Internacional, refiere al derecho “genérico” a tener una nacionalidad (íntimamente relacionado con la estricta voluntad internacional de evitar las situaciones de apatridia), mas no al derecho “concreto” de tener tal o cual nacionalidad específica: “el derecho a tener una nacionalidad no implica un correlativo deber del Estado de otorgar su nacionalidad a todo ser humano, ni siquiera un deber del Estado de otorgar su nacionalidad a todo ser humano que de otro modo se vería en situación de apatridia” (Arlettaz 2015:419).

Ahora bien, mismo si la opinión mayoritaria de la CIDH entiende que los Estados pueden modificar libremente las reglas sobre adquisición y pérdida de la nacionalidad, sin que se viole la Convención Americana de Derechos Humanos (Arlettaz 2015:427), también hay registro de otras interpretaciones que limitan esta potestad soberana constituyéndose así en un antecedente doctrinario —aunque no jurisprudencial— importante a los fines de este artículo.

En primer lugar, cabe mencionar el voto disidente del Juez Rodolfo Piza en el marco de la Opinión Consultiva N°4 “Propuesta de Modificación de la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización”, de 1984 (CIDH 1984). Contra el voto mayoritario de la Corte, el letrado sostuvo que los Estados contradicen su compromiso de desarrollar progresivamente los derechos humanos cuando limitan los derechos ya adquiridos por los extranjeros para naturalizarse en sus países. A su vez,

explicó que las “distinciones legítimas” se diferencian de las “discriminaciones arbitrarias” en base al respeto de tres principios:

A fin de facilitar una clara diferenciación objetiva entre las discriminaciones arbitrarias, proscritas por la Convención, y las distinciones legítimas, que pertenecen íntegramente a la competencia de cada Estado y que no son susceptibles de generar normas incompatibles ni, en su caso, conductas violatorias de los derechos humanos consagrados en la Convención, considero que el concepto de discriminación, cuya definición general en la opinión de mayoría comparto, debe calificarse en función de tres criterios básicos, que llamaré de “razonabilidad”, en función de la naturaleza y fin del derecho o institución que califique; de “proporcionalidad”, en relación con los principios y valores entrañados en la totalidad del ordenamiento al que ese derecho o institución pertenezca; y de “adecuación”, a las circunstancias —históricas, políticas, económicas, culturales, espirituales, ideológicas, etc.— de la sociedad en que opera. (CIDH, OC 4, 1984, p. 13)

En nuestro caso, de acuerdo con el principio de razonabilidad, cabe preguntarse por la naturaleza y el fin declarado del DNU 70/17 en relación con la Ley 346: “impedir el fraude a la Ley de Migraciones”. Sin duda, algunas de las observaciones de la Justicia argentina operan desde este principio. Resulta poco “razonable” afectar una ley que regula el ejercicio del Poder Judicial en una materia que nada tiene que ver con el control migratorio, aduciendo fraude a otra ley (de Migraciones) y no a la ley (de Ciudadanía y Naturalización) en cuestión; a su vez, parece poco “razonable” hacer esta reforma pasando por sobre el Congreso de la Nación, al que el constituyente asignó específicamente legislar sobre esta materia, y del propio Poder Judicial, al que no se le pidieron informes para sustentar el supuesto “abuso” de la institución de la naturalización que estaría ocurriendo bajo su concurso.

En relación con el principio de proporcionalidad, debemos preguntarnos por los principios y valores en los que se inscribe el derecho a la nacionalidad en la Argentina. Como mencionamos más arriba, la Ley 346 es considerada una ley “fundacional” que forma parte del núcleo constitucional de la Nación Argentina: este país se cimentó como un país abierto a las migraciones y ratificó este compromiso en su última reforma constitucional, así como posteriormente con la sanción de la Ley de Migraciones N°25.871 (que, recordemos, desligó el goce de derechos de la condición migratoria de las personas). Finalmente, en relación con el principio de

adecuación, cabe preguntarse por las circunstancias de la sociedad en la que opera la Ley 346. En la Argentina actual, la restricción del derecho a la naturalización mediante la exigencia, introducida vía decreto del Poder Ejecutivo, de un permiso de residencia regular bien puede considerarse ilegítima toda vez que fue utilizada históricamente por gobiernos no democráticos, eludiendo el debate público y con el fin de obstaculizar el acceso pleno de los extranjeros a la ciudadanía.

Otra digresión que cabe mencionar aquí en relación con la interpretación de la nacionalidad como derecho humano en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, es el Voto Razonado del Juez Cançado Trindade dentro de la Sentencia de la CIDH “Jean y Bosico”, de 2005 (CIDH 2005). En atención a que se trataba de la primera vez que la CIDH se expedía, en el marco de un caso contencioso, sobre la cuestión de la nacionalidad, el Juez aprovechó la ocasión para recordar que ya no existen materias en las que los Estados puedan legislar “libremente”, sin atenerse al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, cuya legítima portadora es la persona en tanto que persona. Así, el derecho a la nacionalidad, al encontrarse estipulado en el derecho internacional, ya no puede encontrarse sujeto a la pura discrecionalidad estatal:

... la presente Sentencia de la Corte constituye una oportuna advertencia para la prohibición —teniendo presentes los deberes generales de los Estados Partes en la Convención Americana estipulados en los artículos 1(1) y 2 de la misma— de prácticas administrativas y medidas legislativas discriminatorias en materia de nacionalidad (a empezar por su atribución y adquisición -párrs. 141-142). (CIDH, 2005: 13).

IV. Reflexiones finales

Con este artículo esperamos haber contribuido a la comprensión del alcance de los cambios introducidos por el gobierno de la Alianza “Cambios” en el tratamiento de la población extranjera residente en la Argentina, así como a la confirmación de un retorno a un enfoque securitario de la política migratoria contrario al espíritu de la aún vigente Ley de Migraciones.

En base a una exégesis jurídica y normativa ampliada, histórica y política, intentamos sistematizar argumentos en pos de demostrar la inconstitucionalidad de la última reforma de la Ley de Ciudadanía y Naturalización por la vía excepcional del DNU 70 de 2017. Las distintas sentencias del Poder Judicial en contra del DNU 70, como vimos, insisten en la debilidad de los argumentos del Poder Ejecutivo a la hora de justificar la “necesidad” y la “urgencia” de modificar dos leyes nacionales, pasando por encima del Poder Legislativo.

En relación a la Ley de Ciudadanía y Naturalización, a las limitaciones establecidas por la Constitución, en defensa del rol del Poder Legislativo en esta materia —cuyo antecedente *político* fueron los debates parlamentarios de 1984, en los que se decidió reinstaurar la antigua Ley 346, reafirmando así la democracia recién recuperada—, sumamos los argumentos del Poder Judicial en defensa de su propio rol en el otorgamiento de la Carta de Ciudadanía. La jurisprudencia argentina sobre naturalización promueve la distinción entre un ámbito de gestión/control migratorio, que recae sobre el Poder Ejecutivo, y un orden de regulaciones internas dentro del cual se dirime el otorgamiento de Cartas de Ciudadanía, que sería de exclusiva competencia del Poder Judicial.

Este artículo hizo hincapié, a su vez, en una tensión presente en las actuaciones judiciales analizadas entre la nacionalidad entendida como derecho humano y la nacionalidad concebida como una prerrogativa estatal. En este punto, exploramos la productividad de una perspectiva de la nacionalidad como derecho humano progresivo, en base a una serie de excursos y digresiones que constituyen un antecedente doctrinal “alternativo” de la CIDH.

Para cerrar este artículo, quisiéramos abrir el debate acerca de la relación entre política migratoria y procedimientos democráticos. Si bien los procedimientos democráticos no garantizan resultados/contenidos de carácter democrático, nos interesa reparar en la importancia de la división de poderes, y en la lógica de contrapesos que debería serle propia, para el resguardo de un enfoque de derechos humanos de las migraciones. Hoy, la hiperejecutivización de la política migratoria pareciera encontrarse al servicio de un enfoque soberanista y securitario de las migraciones. De ahí que resulte un gesto democrático insistir en la necesidad de involucrar a los poderes colegiados —el Legislativo y el Judicial— en la definición de la política migratoria, al menos, para proteger los derechos ya adquiridos por la población migrante en el país.

Bibliografía

- Argentina- CFLP (Cámara Federal de La Plata) (24/5/2018) *W., X. s/ Carta de Ciudadanía*, exp. FLP 37103/2016, CA2, Sala III, sentencia del 24 de mayo del 2018.
- Argentina-CDN (Cámara de Diputados de la Nación) (19 y 20/1/1984) *8 c° Sesión Extraordinaria de la Cámara de Diputados del Congreso de la Nación Argentina del 19 y 20 de enero de 1984*.
- Argentina-CNACCF (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y en lo Comercial Federal) (10/7/2018) “Li, Zhen s/Solicitud de Carta de Ciudadanía”, Causa N° 5394/2017, sentencia del 10 de julio de 2018.
- Argentina-CNCAF (Cámara Nacional Contencioso Administrativo Federal) (22/3/2018) *Centro de Estudios Legales y Sociales y otros c. Estado Nacional, Ministerio del Interior, Dirección Nacional de Migraciones s/ amparo 16.986*, sentencia del 22 de marzo de 2018.
- Argentina-CSJN (Corte Suprema de Justicia de la Nación) (2009) *Ni, I-Hsing s/ carta de ciudadanía*, N. 13. XLII, Recurso Extraordinario, sentencia del 23 de junio de 2009.
- Argentina-CSN (Cámara de Senadores de la Nación) (9/2/1984) *13 c° Sesión Extraordinaria de la Cámara de Senadores del Congreso de la Nación Argentina del 9 de febrero de 1984*.
- Arlettaz, Fernando (2015) “La nacionalidad en el derecho internacional americano”, en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. XV, Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas, México.
- Arlettaz, Fernando (2017a) “Entre potestad soberana y derecho humano: la nacionalidad en el sistema americano”, en *Revista de Derecho*, Vol. XXX, N° 1.
- Arlettaz, Fernando (2017b) “El nuevo régimen de adquisición de nacionalidad por naturalización”, en *Actas IX Jornadas de Jóvenes Investigadores*, Instituto de Investigaciones Gino Germani-FSOC-UBA, Buenos Aires.
- Canelo, Brenda, Natalia Gavazzo, Lucila Nejamkis (2018) “Nuevas (viejas) políticas migratorias en la Argentina del cambio”, en *Revista de Estudios Transfronterizos*, Vol. 1, N° 18, Universidad Arturo Prat, Santiago, Chile.
- CELS (Centro de Estudios Legales y Sociales) (2017) *Derechos Humanos en Argentina, Informe 2017*, Siglo XXI, Buenos Aires.
- CIDH (Corte Interamericana de Derechos Humanos) (1984) *Opinión Consultiva OC-4/84, Propuesta de modificación a la constitución política de Costa Rica relacionada con la naturalización*, Serie A, N° 4.

- CIDH (Corte Interamericana de Derechos Humanos) (2003)** *Opinión Consultiva OC-18/2003, Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, serie A, N°18.
- CIDH (Corte Interamericana de Derechos Humanos) (2005)** *Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*, serie C, Nro. 130.
- Courtis, Corina, Ana Paula Penchaszadeh (2015)** “El (im)posible ciudadano extranjero. Ciudadanía y nacionalidad en Argentina”, en *Revista SAAP*, Vol. 9, N° 2, Buenos Aires.
- De Lucas, Javier y AA.VV. (2008)** *Informe: Los derechos de participación como elemento de integración de los inmigrantes*, Fundación BBVA, Bilbao.
- Galoppo, Lucía (2017)** “Necesidad y urgencia en la protección de los derechos de las personas migrantes. El amparo presentado por organizaciones de la sociedad civil ante el DNU 70/2017” en *Revista Temas de Antropología y Migración*, Vol. 9, FFyL-UBA, Buenos Aires.
- Mármora, Lelio (2015)** *Impacto de las migraciones actuales en la estructura económica y sociocultural de la Argentina*, EDUNTREF, Argentina.
- OIM (Organización Internacional de las Migraciones) (2012)** “El impacto de las migraciones en Argentina”, *Cuadernos Migratorios*, N° 2, Buenos Aires.
- Penchaszadeh, Ana Paula y Corina Courtis (2016)** “El sujeto político migrante frente al dilema de la naturalización. ¿Variaciones post-nacionales?”, en *Revista Colombia Internacional*, N° 88, Universidad de los Andes, Bogotá.
- Penchaszadeh, Ana Paula, Lila Emilse García (2018)** “Política migratoria y seguridad en Argentina hoy: ¿el paradigma de derechos humanos en jaque?”, en *Revista URVIO FLACSO*, N° 23, FLACSO, Ecuador.
- Sayad, Abdelmalek (1993)** “Naturels et naturalisés”, en *Actes de la recherche en sciences sociales, Migrations et minorités*, N° 99.

Resumen

En enero de 2017, el gobierno de la alianza Cambiemos en Argentina apeló a una medida de excepción para profundizar su intervención en materia migratoria. Tanto la Ley de Migraciones, como la Ley Ciudadanía y Naturalización, fueron modificadas en aspectos clave por el Decreto de Necesidad y Urgencia (DNU) 70/17, marcando así un antes y un después de la política migratoria. En este contexto, los debates públicos y académicos se han de-

tenido casi exclusivamente en los efectos del decreto sobre la Ley de Migraciones. Poco, en cambio, se ha dicho acerca los efectos de este DNU sobre la Ley de Ciudadanía y Naturalización. Con el fin de completar el cuadro de los cambios introducidos por el actual gobierno, en este trabajo exploramos el impacto del DNU 70/17 sobre la naturalización y la disputa de roles que se genera, en este contexto, entre los distintos poderes del Estado.

Palabras Clave

naturalización — soberanía — derechos humanos — migraciones — Argentina

Abstract

In January 2017, the Argentinian government, in the hands of the “Cambiemos” Party, made use of exceptional measures to deepen its intervention on migration issues. Presidential Decree N°70/2017 introduced key changes into both the current Migration Act and the Citizenship and Naturalization Act, thus marking a “before” and an “after” in the local contemporary migration policy. Public and academic debates have almost exclusively

focused on the impact this decree has had on the Migration Act; however, little attention has been paid to its effects on the Act of Citizenship and Naturalization. In order to offer a complete panorama of the migration changes introduced by the Macri Administration, this paper examines the impact of Decree N°70/2017 on naturalization while exploring, at the same time, the role dispute arising in such context among the three branches of state power.

Key words

naturalization — sovereignty — human rights — migrations — Argentina