

XXVII Congreso de la Asociación Latinoamericana de Sociología. VIII Jornadas de Sociología de la Universidad de Buenos Aires. Asociación Latinoamericana de Sociología, Buenos Aires, 2009.

Políticas migratorias en América del sur. Restricciones de índole criminal.

Nicolás Santiago Cordini y Mariano Javier Hoet.

Cita:

Nicolás Santiago Cordini y Mariano Javier Hoet (2009). *Políticas migratorias en América del sur. Restricciones de índole criminal. XXVII Congreso de la Asociación Latinoamericana de Sociología. VIII Jornadas de Sociología de la Universidad de Buenos Aires. Asociación Latinoamericana de Sociología, Buenos Aires.*

Dirección estable: <https://www.aacademica.org/000-062/781>

Acta Académica es un proyecto académico sin fines de lucro enmarcado en la iniciativa de acceso abierto. Acta Académica fue creado para facilitar a investigadores de todo el mundo el compartir su producción académica. Para crear un perfil gratuitamente o acceder a otros trabajos visite: <https://www.aacademica.org>.

Políticas migratorias en América del sur. Restricciones de índole criminal.

Nicolás Santiago Cordini¹

Mariano Javier Hoet²

I. Preliminares

En el presente trabajo procuramos explicitar la posición de los estados de la región sobre el fenómeno migratorio. Con este fin intentamos analizar los discursos político-jurídicos que los mismos sostienen en sus respectivas normativas migratorias³.

Para ello, y atento a los límites de extensión de la ponencia, proponemos una mirada centrada en dos dimensiones: definición de inmigrante y restricciones de acceso de índole criminal.

¹ Universidad Nacional del Litoral

² Universidad Nacional del Litoral

³ Trabajamos las leyes migratorias de los países del Mercosur y sus asociados (Bolivia y Chile), además de la de Venezuela, por ser candidata a ingresar al bloque.

II. La globalización y su política criminal.

Las tendencias que en la actualidad se compendian en la palabra *globalización* refieren a la transformación de esa constelación histórica caracterizada por el hecho de que el estado, la sociedad y el mercado son coextensivos dentro las mismas fronteras nacionales⁴.

Como resultado de la globalización, el sistema económico internacional en el que los estados trazan la línea divisoria entre la economía interna y las relaciones comerciales exteriores, se está metamorfoseando en una economía trasnacional.

El proceso de deterioro de las fronteras no afecta únicamente a la dimensión económica; impacta sobre múltiples procesos, entre ellos, los movimientos migratorios.

Si bien las migraciones son una constante histórica poseen hoy características propias. Se trata un fenómeno que no responde al capricho o al azar, sino a factores objetivos ligados a la idea de necesidad. Se emigra para alcanzar condiciones de vida dignas⁵.

En lo que va de nuestro siglo, y ante la prioridad absoluta de la *guerra contra el terrorismo*, las políticas de inmigración han quedado reducidas a las dimensiones de seguridad y de orden público. La consecuencia de todo ello es volver a un modelo de gestión de la inmigración en términos de política instrumental y defensiva, de policía de fronteras y adecuación coyuntural a las necesidades del mercado de trabajo⁶.

La economía globalizada potencia el intervencionismo punitivo frente a sujetos o comportamientos que estima disfuncionales, criminalizando no sólo la disidencia, sino también la marginalidad provocada por el desempleo o por la inmigración.

Sin embargo, en los ámbitos que la globalización quiere confiados al mercado, su propuesta político-criminal básica es la inhibición de lo público, entendida como la funcionalización del estado a los imperativos de sus estrategias.

⁴ HABERMAS Jürgen, El valle de lágrimas de la globalización, Claves, N° 109, pp. 4 – 5.

⁵ TERRADILLOS BASOCO Juan M., Entranjería, inmigración y sistema penal, en Inmigración y sistema penal. Retos y desafíos para el siglo XXI, coordinadores María José Rodríguez Mesa y Luis Ramón Ruiz Rodríguez, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 41.

⁶ DE LUCAS Javier, Política de inmigración: 30 propuestas, Claves, N° 121, pp. 32 – 36.

En el mundo globalizado la movilidad se ha convertido en el más elevado de todos los factores de estratificación. Podemos distinguir, por un lado, a los “*globalmente móviles*” para quienes el espacio ha perdido todas sus capacidades restrictivas y se atraviesa fácilmente, y, por el otro, a los “*los impedidos de movilizarse*”, que deben soportar los cambios que acaecen en su localidad; reduciéndose así, el espacio real de manera subrepticia⁷.

III. La denominada expansión del Derecho penal

Creación de nuevos bienes jurídico-penales, ampliación de los espacios de riesgos jurídico-penalmente relevantes, flexibilización de las reglas de imputación y relativización de los principios político-criminales de garantía son aspectos de una tendencia general del Derecho penal, a la que cabe referirse con el término *expansión*⁸.

Como causas de este fenómeno se mencionan⁹: a) *La efectiva aparición de nuevos riesgos* producto de la complejización de las interacciones humanas; b) *La sensación social de inseguridad* que generan las dificultades de adaptación de la población a sociedades en continua aceleración; c) *La configuración de una sociedad de sujetos pasivos*; d) *La identificación de la mayoría social con la víctima del delito*, reinterpretando al *ius puniendi* como “la espada de la sociedad contra la delincuencia de los poderosos”; e) *El descrédito de otras instancias de protección*, resignificando al Derecho penal como único instrumento eficaz de pedagogía político social; f) *El surgimiento de nuevos gestores de la moral colectiva* y del recurso al Derecho penal para la protección de sus respectivos intereses (organizaciones ecologistas, feministas, de consumidores, de vecinos, pacifistas o antidiscriminatorias); g) *El desprecio por las formas* (garantías), que responde siempre a la supuesta constatación de la ineficiencia de las mismas.

Si bien existe de una verdadera demanda social de más protección, debe cuestionarse que los estados no sólo acojan acriticamente tales demandas irracionales sino que incluso las retroalimenten en términos populistas¹⁰. Sin embargo, no debe vincularse *in totum*, globalización y

⁷ BAUMAN Zygmunt, *La globalización. Consecuencias humanas*, Traducción Zadunaisky Daniel, FCE, Buenos Aires, 2006, p. 102.

⁸ SILVA SÁNCHEZ Jesús-María, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal de las sociedades postindustriales*, Civitas, Madrid, 1999, pp. 17-18.

⁹ *Ibid.*, pp. 21 – 60.

¹⁰ SILVA SÁNCHEZ Jesús-María, *Ibid.*, pp. 19 – 20.

políticas criminales expansivas. Al menos, en la medida en que, como hemos visto, una de las características propias de aquella es la desregulación¹¹.

Por supuesto, la desregulación no puede ser total, sino que viene acompañada de políticas de contundente intervención punitiva cuando se trata de asegurar la *pax publica* requerida por el mercado.

IV. Análisis de la legislación vigente¹². Una mirada desde el Derecho criminal.

La definición de inmigrante.

Solamente tres de las legislaciones analizadas se detienen a definirlo. La normativa argentina lo hace, en su artículo 2º, como *“todo aquel extranjero que desee ingresar, transitar, residir o establecerse definitiva, temporaria o transitoriamente en el país conforme a la legislación vigente”*. En igual sentido la legislación boliviana (art. 3) dice que *“se considera inmigrante al extranjero que ingrese al país, para asentarse definitivamente en el territorio nacional y con ánimo de integrarse a la sociedad boliviana, constituyéndose en un elemento productivo permanente”*. La ley uruguaya (art. 3) establece que *“Se entiende por inmigrante toda persona extranjera que ingrese al territorio con ánimo de residir y establecerse en él, en forma permanente o temporaria”*. La ley paraguaya y la brasileña no lo definen, sino que establecen categorías y diferentes regulaciones para cada una de ellas; finalmente la legislación venezolana, si bien se presenta como una *ley de extranjería y migración*, solo define al extranjero como *“toda persona que no sea nacional de la República Bolivariana de Venezuela”*.

Impedimentos de acceso de extranjeros de naturaleza penal.

De las siete legislaciones analizadas solo seis establecen impedimentos de admisión de índole penal. La normativa brasileña establece una cláusula genérica (art. 7 inc. III) negando el acceso a todo extranjero que fuera condenado o procesado por crimen doloso, sin importar el monto de la condena. La ley argentina y la paraguaya, aunque establecen impedimentos diferenciando diversos delitos, también establecen una cláusula genérica. En el caso de nuestro país, prohibiendo el acceso al inmigrante que hubiere sido condenado o tuviese antecedentes por delitos

¹¹ TERRADILLOS BASOCO Juan M., *Ibid.*, pp. 39 – 68.

¹² En Argentina la Ley 25.871 del 20/01/2004; en Brasil la *Lei* 6.815 del 19/08/1980; en Bolivia el Decreto-Ley 13.344 del 30/01/1976; en Chile el Decreto Ley N° 1.094 y modificatorias (la última es la Ley 19.806 del año 2002); en Paraguay la Ley 978 del 27/06/1996; en Uruguay la Ley 18.250, del 17/01/2008 y en Venezuela Ley N° 37.944 del 24 de mayo de 2004.

que, conforme a la legislación nacional, merezcan pena privativa de libertad de tres años o más (art. 29 inc. c). La ley paraguaya lo restringe a los condenados por delitos que merezcan dos años o más de penitenciaría (art. 6 inc. 4). La legislación venezolana (art. 8) establece que no podrán ser admitidos quienes sean requeridos por autoridades extranjeras policiales o judiciales, en relación con causas penales comunes o que estén vinculadas con organizaciones delictivas nacionales e internacionales. Asimismo cuando hayan cometido delito que la ley venezolana castigue, sin mencionarse el monto de la pena. Según la legislación chilena no podrán ingresar los condenados o procesados por delitos comunes que la ley califique como crímenes (art. 15, inc. 3 y art. 16, inc. 1).

En cuanto a los delitos cuya comisión torna a sus autores imposibilitados de acceder al país, la normativa uruguaya (art. 45, inc. b) y la argentina (art. 29, inc. d) niegan el acceso a quien haya participado, en el sentido más amplio de su expresión, en los delitos de genocidio, crímenes de guerra o de lesa humanidad. La diferencia que presentan ambas es que la uruguaya extiende a cualquier acto violatorio de derechos humanos reconocido como tal en Instrumentos Internacionales ratificados por dicho país. La normativa venezolana (art. 8, inc. 4) lo hace cuando *hayan incurrido en violaciones de los Derechos Humanos, Derecho Internacional Humanitario o las disposiciones contenidas en los instrumentos internacionales en los cuales sea parte la República*. La norma argentina extiende su aplicación a los que tuvieren antecedentes, frase no muy feliz por su vaguedad, y a todo otro acto susceptible de ser juzgado por el Tribunal Penal Internacional. Además, prohíbe el ingreso de aquellos que tuviesen antecedentes por actividades terroristas o que pertenezcan a organizaciones nacional o internacionalmente reconocidas como imputadas de acciones susceptibles de ser juzgadas por dicho organismo (art. 29 inc. e). Las restantes legislaciones no mencionan a los Derechos Humanos.

Otros delitos previstos tanto en la legislación paraguaya (art. 6 inc 6) como en la argentina (art. 29 inc. c, g y h), la venezolana (art. 8, inc. 5), la chilena (art. 15, inc. 2) y la uruguaya (art. 45 inc. d), cuya perpetración es impedimento de ingreso, es el tráfico de drogas y el tráfico y la trata de personas. La ley uruguaya y la argentina lo extienden además, al lavado de activos y al tráfico de armas. La paraguaya, por su parte, incluye el tráfico de órganos. La ley chilena extiende la prohibición a aquellos que ejecuten actos contrarios a la moral y las buenas costumbres (inc. 2). Es interesante poner de manifiesto que nuestra ley de inmigraciones prohíbe el ingreso de aquel que haya sido condenado en la Argentina o tuviera antecedentes por promover o facilitar, con fines de lucro, el ingreso, la permanencia o el egreso ilegales de extranjeros en el territorio nacional (art. 29 inc. f).

La ley chilena contiene prohibiciones basadas en aspectos tanto personales como ideológicos, así el artículo 15, inc. 1 dispone que se prohíbe el ingreso a Chile a quienes propaguen o fomenten por cualquier medio, doctrinas que tiendan a destruir o alterar por la violencia, el orden social del país o su sistema de gobierno, los que estén sindicados o tengan reputación de ser agitadores o activistas de tales doctrinas y en general, los que ejecuten hechos que las leyes chilenas califiquen de delito contra la seguridad exterior, la soberanía nacional, la seguridad interior o el orden público del país y los que realicen actos contrarios a los intereses de Chile o constituyan un peligro para el estado.

La ley paraguaya trae prohibiciones de índole personal impidiendo el ingreso al país a los que ejerzan la prostitución (art 45 inc. 7), los que carezcan de profesión, oficio, industria, arte, medio de vida lícito o los que practiquen la mendicidad o sean ebrios consuetudinarios, los que por falta de hábito de trabajo, vagancia, mendicidad, ebriedad habitual o por la inferioridad moral del medio en el que actúen, observen una conducta proclive al delito (art. 45 inc. 8). Acercándose así, a un Derecho penal de autor, propio de la filosofía positivista de fines del siglo XIX.

En caso de la ley boliviana no encontramos limitaciones de índole penal; por el contrario, se explicita que el bajo índice demográfico de dicho país constituye uno de los mayores problemas para el logro del desarrollo económico, social y político. Por ello, reconoce a la inmigración como un instrumento de política demográfica (art. 1), la cual constituye un medio de coadyuvar al desarrollo socio-económico y a la revitalización del agro (art. 2).

VII. Conclusión.

Una vez que los inmigrantes han logrado sortear las barreras que implica ingresar al país deseado, el sistema penal no se detiene. Las previsiones legales en materia de consecuencias jurídicas del delito profundizan en la discriminación aun a costa de entrar en contradicción con los principios generales del sistema. La respuesta penal frente al extranjero que delinque presenta como nota más característica la posibilidad de expulsión. Una vez más, prevalece la voluntad segregadora del sistema sobre cualquier otra función preventiva general o especial.

En el fondo, se trata de una política de inmigración que se basa en la negación de su objeto, pues consiste en negar al inmigrante como tal, es decir, como alguien cuyo proyecto puede ser tratar de quedarse en el país de recepción, al menos, durante un período estable, que tampoco

significa necesariamente (sobre todo en los tiempos de la globalización) quedarse para toda la vida¹³.

Es necesario señalar que los estados deben ser muy cuidadosos al fijar una política migratoria en la cual el Derecho penal constituya una base importante de la misma. Además en caso de ser necesario recurrir a dicho instrumento, se debe garantizar el respeto absoluto de las garantías que gozan todos los “habitantes” sin distinción alguna y una aplicación estricta por parte de los jueces de la teoría del delito para garantizar así, justicia, racionalidad y objetividad en las decisiones que se tomen.

BENHABIB¹⁴ afirma que la solución no puede restringirse a esquemas de *distribución justa* en escala global, sino que también debe incorporar una visión de *membresía justa*¹⁵. Tal membresía justa implica, entre otras cosas, diseñar un régimen de fronteras *porosas* para los inmigrantes.

Específicamente con respecto a las legislaciones, podemos ver que en algunas de ellas, como en el caso de la normativa de nuestro país y la de los estados uruguayo y venezolano, dichos impedimentos están fundados en la comisión de delitos desvalorados por la comunidad internacional en su conjunto; como es el caso del delito genocidio, los crímenes de guerra y los de lesa humanidad. La ley brasileña, la chilena y la paraguaya, sin embargo parecen estar fundadas en otra filosofía, centrándose más en la persona del delincuente, y emitiendo juicios de valor más sobre él mismo que sobre los hechos cometidos.

También queremos destacar, que en aras de una mayor integración regional, en un futuro no muy lejano, los estados de la región deberían establecer canales de diálogos para la fijación de las bases de una política integrada en materia de migraciones que lleve a la fijación de una gubernamentalidad migratoria única en toda la región.

¹³ DE LUCAS Javier, *ibíd.*

¹⁴ BENHABIB Seyla, *ibíd.*, p. 15.

¹⁵ BENHABIB SEYLA, LOS DERECHOS DE LOS OTROS. EXTRANJEROS, RESIDENTES Y CIUDADANOS, GEDISA, p. 13, “Por membresía política quiero significar los principios y prácticas para la incorporación de forasteros, inmigrantes y recién venidos, refugiados y asilados en entidades políticas existentes”.

VIII. Bibliografía¹⁶

- HABERMAS Jürgen, El valle de lágrimas de la globalización, Claves, N° 109.
- TERRADILLOS BASOCO Juan M., Extranjería, inmigración y sistema penal, en Inmigración y sistema penal. Retos y desafíos para el siglo XXI, coordinadores María José Rodríguez Mesa y Luis Ramón Ruiz Rodríguez, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- DE LUCAS Javier, Política de inmigración: 30 propuestas, Claves, N° 121.
- BAUMAN Zygmunt, La globalización. Consecuencias humanas, Traducción Zadunaisky Daniel, FCE, Buenos Aires, 2006.
- SILVA SÁNCHEZ Jesús-María, La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal de las sociedades postindustriales, Civitas, Madrid, 1999.
- BENHABIB Seyla, Los derechos de los otros. Extranjeros, residentes y ciudadanos, Gedisa.

¹⁶ En virtud de las limitaciones relativas a la extensión de la ponencia solo se menciona la bibliografía citada.