



Ministerio Público de la Nación

EXpte: N° CAF 3061/2017

AUTOS: “CENTRO DE ESTUDIO LEGALES Y SOCIALES Y OTROS C/ EN S/

AMPARO LEY 16.986”

JUZGADO: N° 1

SECRETARIA: N° 1

Señor Juez:

I- Vuelven las presentes actuaciones a este Ministerio Público “...para que asuma la intervención que le corresponde de consumo con lo previsto en el art. 31 de la ley 27.148, dictaminando en cuanto al fondo del asunto” (confr. fs. 586).

El Centro de Estudios Legales y Sociales –CELS- la Comisión Argentina para Refugiados y Migrantes –CAREF- y el Colectivo por la Diversidad –COPAD- promueven acción de amparo en los términos del art. 43 de la Constitución Nacional y con sustento en los arts. 8º y 25 de la C.I.D.H., y los arts. 2.3. y 17.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la que dirigen contra el Poder Ejecutivo Nacional, a fin de que se declare la nulidad del D.N. y U. n° 70/17 por considerar que sus disposiciones resultan lesivas del debido proceso legal, a la protección judicial efectiva y acceso a la justicia, el derecho a igual protección de la ley y a la no discriminación y el derecho a la libertad ambulatoria.

Expresan que el mencionado Decreto consagra un nuevo mecanismo de expulsión de personas migrantes en el territorio argentino discordante con el diseño instrumentado en la Ley Migratoria N° 25.871. En este sentido, destacan en particular que el DNU 1) altera el régimen de recursos administrativos ante órdenes de expulsión; 2) limita las vías de impugnación judicial y el acceso a la justicia de personas migrantes ante esas decisiones y 3) amplía los supuestos para el dictado de detenciones preventivas en el marco de un procedimiento administrativo (cfr. fs. 3 y vta.).

Asimismo, señalan que la normativa administrativa impugnada introduce modificaciones en el procedimiento administrativo migratorio general previsto por la ley 25.871, al 1) establecer un nuevo sistema de notificaciones gravoso para la persona migrante; 2) limitar las posibilidades de acceso a la asistencia jurídica gratuita y 3) ampliar los plazos y condiciones para la retención por razones migratorias.

A lo expuesto añaden que el Decreto en crisis no cumple con los requisitos esenciales para su dictado, “...al haber invadido esferas propias del Congreso de la Nación (Conf. arts. 75 inc. 18 y 99, inc. 3 CN) y obstruido el derecho de toda la sociedad a participar en un debate democrático (Conf. art. 1 CN). Asimismo la norma aquí impugnada contraría el principio de legalidad formal (Conf. art. 9 CADH), además de introducir restricciones en materia de derechos humanos por fuera de las reglas habilitadas a tal fin (Conf. art. 30 CADH)” (vide fs. 3 vta.), lo cual lo tornaría a su juicio nulo de nulidad absoluta e insanable, lo que así peticionan se decida.

Del mismo modo, entienden que el decreto cuestionado “...lesiona derechos fundamentales como (1.) la libertad de circulación y residencia (Conf. art. 14 CN y 22 CADH); (2.) el derecho a la unidad familiar (Conf. art. 17 CN; art. 17 CADH; art. 44 Convención Internacional para la protección de los trabajadores migratorios y sus familias); (3.) el derecho a la libertad ambulatoria y seguridad personal e integridad física (Conf. arts. 18 y 75, inc. 22, C.N.; arts. 5 y 7, CADH; y art. 9.1 PIDCyP), y (4.) el derecho a la no discriminación e igualdad ante la ley (art. 16, 20 y 75 inc. 23 C.N.; arts. 1.2 y 24, CADH; arts. 3 y 26, PIDCyP)” (cfr. ídem).

Por todo ello, solicitan se declare “...la nulidad, ilegalidad e inconstitucionalidad del DNU 70/2017...” (cfr. ídem), expresando asimismo que la

incompatibilidad de dicha norma con las normas fijadas en diversos acuerdos internacionales, y en particular en los tratados internacionales de derechos humanos, "...pueden dar lugar a la responsabilidad internacional del Estado a partir de reclamos diplomáticos que puedan surgir, por la falta de cumplimiento de los estándares internacionales fijados por los órganos internacionales de protección de los derechos humanos, o por la falta de cumplimiento del acuerdo de solución amistosa ocurrido en el caso De la Torre, en trámite ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)" (cfr. fs. 4).

En el pto. IV de la acción desarrollan los hechos, dando cuenta de las modificaciones introducidas por el decreto en crisis en materia migratoria. En primer lugar, mencionan los fundamentos para el dictado del decreto 70/2017 y las medidas adoptadas (cfr. fs. 7/9).

En segundo lugar, señalan los problemas del procedimiento especial sumarísimo introducido por el art. 69 del Decreto 70/2017, señalando en particular 1) que éste amplía los casos y supuestos alcanzados por este procedimiento de expulsión del territorio; 2) que introduce un régimen recursivo administrativo de carácter ilusorio e ineffectivo frente a decisiones de expulsión por fuera del sistema recursivo creado por la ley 25.871; 3) que el régimen de impugnación judicial adolece de los mismos vicios, por lo que se vería comprometido el acceso a la justicia; 4) la habilitación de detenciones preventivas por razones migratorias en el marco del proceso sumarísimo migratorio, previsto por art. 69 bis de la nueva normativa (cfr. fs. 9/13 vta.).

En tercer lugar, destacan las modificaciones generales al procedimiento administrativo migratorio definido por la ley 25.871, mencionando en concreto 1) el sistema de notificaciones en el trámite migratorio que introdujo el decreto 70/2017 y cómo este repercutiría negativamente sobre las garantías mínimas del debido proceso legal y acceso a la justicia en condiciones de igualdad; 2) las condiciones para acceder a la asistencia jurídica gratuita, cuyo aseguramiento se vería obstaculizado por las modificaciones introducidas por el DNU 70/2017, destacando las diferencias normativas en un cuadro comparativo a fs. 15 vta./16; 3) el establecimiento de una nueva causal de terminación "anormal" del proceso administrativo o judicial de revisión de la actuación de la autoridad migratoria, a saber el desistimiento por estar en el exterior; 4) la derogación del recurso de revisión de las decisiones de la autoridad migratoria; 5) la modificación de plazos de vigencia para retención por razones migratorias y la introducción del uso de herramientas recursivas por parte de las personas migrantes como argumento para sostener la retención por razones migratorias; 6) la introducción de límites en el proceso de definición de remedios que pueden brindar los jueces, en el marco de la revisión de decisión de la autoridad migratoria a través del art. 62 bis, introducido a la ley 25.871 (cfr. fs. 13/20).

En el apartado V se da cuenta de la legitimación y adecuada representación de las actoras, y en el VI del colectivo afectado. Del mismo modo, en los ap. XIII y XIV de la demanda vierten las distintas consideraciones que estiman conducen a la admisibilidad de la acción de amparo y los atinentes a la configuración de una "causa colectiva", cuestión que fue considerada por este Ministerio Público en el dictamen de fs. 218/vta.

En el ap. VII desarrollan los motivos por los que estiman que el Decreto de Necesidad y Urgencia (DNU) 70/2017 es nulo e inconstitucional en razón del incumplimiento de los requisitos para su dictado. En este orden de ideas, se destaca en primer lugar (VII.1) la excepcionalidad necesaria para el dictado de los DNU, señalando que el decreto aquí cuestionado no cumple con la exigencia de circunstancias excepcionales ni razones de necesidad y urgencia, así como la afectación de la legitimidad democrática y el rechazo al debate abierto. En segundo lugar (VII.2), mencionan la prohibición por parte del art. 99 inc. 3 de la CN de legislar en materia penal, señalando la interpretación restrictiva de las facultades legislativas del presidente y la interpretación amplia del alcance de la prohibición, la idea de



Ministerio Público de la Nación

la política migratoria entendida como herramienta de política criminal, cuestionando asimismo la obligación creada en cabeza de miembros del Poder Judicial y el Ministerio Público de informar datos provenientes de expedientes penales vinculados a migrantes –art. 29 *in fine* DNU 70/2017- como una modificación de los efectos del art. 51 del Código Penal y la creación de un registro especial por fuera de lo normado en la Ley 22.117. En tercer lugar (VII.3), manifiestan que el decreto en crisis legisla en materia tributaria, vedada por el art. 99 inc. 3 de la CN, concluyendo (VII.4) la nulidad absoluta e insanable del DNU 70/2017 (cfr. fs. 21 vta./30 vta.).

En el ap. VIII desarrollan los motivos por los que entienden que correspondería declarar la ilegalidad, ilegitimidad e inconstitucionalidad del decreto aquí cuestionado por la vulneración de las garantías mínimas de debido proceso, el derecho al acceso a la justicia y tutela judicial efectiva, haciendo hincapié en la idea arriba mencionada de que el recurso administrativo es ilusorio (VIII.1), al igual que el acceso a la vía del control judicial (VIII.2), y las modificaciones en materia de asistencia jurídica gratuita y en el régimen de notificaciones (cfr. fs. 30 vta./35).

En el pto. IX mencionan la violación a la igual protección de la ley a la no discriminación (cfr. fs 35/36), mientras que en el ap. X señalan la violación del derecho a la libertad ambulatoria (fs. 36/38), y en el ap. XI desarrollan la violación del derecho a la reunificación y la unidad familiar (cfr. fs. 38/39).

Por su parte, el ap. XII trata del control de constitucionalidad y convencionalidad, destacando en primer lugar la necesidad del control de constitucionalidad de los decretos de necesidad y urgencia, y en particular la exigencia de ley formal para la restricción de derechos fundamentales, señalando por último que el dictado del Decreto 70/2017 implica el incumplimiento del Acuerdo de solución amistosa firmado por Argentina en el marco del caso “De La Torre” ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y los compromisos allí asumidos por el Estado Argentino, lo que a su juicio deben ser ponderados por el Tribunal al momento de resolver (cfr. fs. 39 vta./43).

Por último, en el ap. XV de la acción esgrimen los argumentos tendientes a obtener el dictado de una medida cautelar (confr. fs. 45 y ss.), la que fue rechazada por el Tribunal a fs. 220/223 (cfr. pto. 6 de la resolución).

II.- Del auto de fs. 102/vta., por el que se hizo saber al Ministerio del Interior, Obras Públicas y Vivienda que debía presentar el informe del art. 8º de la ley 16.986, así como por lo manifestado en el sentido de que “...el procedimiento en las presentes actuaciones se regirá por lo dispuesto en el art. 43 de la Constitución Nacional, en las normas de la leyes 16.986 y 26.854 y el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación en lo pertinente” (cfr. fs. 102), se desprende que V.S. acordó otorgar a la pretensión el trámite propio de la acción de amparo.

III.- Previo a todo, cabe señalar que se han cumplido en autos las etapas procesales que contempla la Ley N°16.986.

En efecto, incoada la acción se requirió a la accionada la presentación del informe del art. 8º de la ley 16.986, que obra a fs. 130/199.

No resta, por otra parte, la producción de prueba que hubiere sido previamente ordenada por V.S.

IV.- El proceso se ha dirigido contra un acto de una autoridad pública, por lo que encuadra en los términos del art. 43 de la Constitución Nacional.

V.- Cabe destacar, asimismo, que la acción colectiva ha sido declarada formalmente admisible por el Tribunal, en los términos del resolutorio de fs. 220/223.

VI.- Respeto del contenido del informe del art. 8º presentado a fs. 130/199, allí la Dirección Nacional de Migraciones contesta en primer lugar el traslado de inconstitucionalidad, defendiendo la potestad del Poder Ejecutivo de dictar normas de necesidad y urgencia desde el punto de vista constitucional y del derecho internacional, destacando también las potestades y la soberanía del Estado (cfr. fs. 130 vta./134).

Seguidamente, expresa que los puntos que suscitan la emergencia están dados, en primer lugar, por la Acordada 28/15 de la CSJN, en la que ésta dispone la creación de una comisión judicial de lucha contra el narcotráfico; en segundo lugar, por la emergencia de seguridad pública declarada a nivel nacional “con el objeto de revertir la situación de peligro colectivo creada por el delito complejo y el crimen organizado” según el decreto 228/2016, prorrogada por decreto 50/2017 (cfr. fs. 132 vta.). En el mismo orden de ideas, cita precedentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y un informe de la Comisión Interamericana en el sentido de que admitieron esa facultad a los Estados asintiendo en que éstos cuentan con un ámbito de discrecionalidad para fijar las políticas” (cfr. fs. 133).

Señala como base de análisis, citando la ley 25.871 así como jurisprudencia del Tribunal Cimero y de la Excma. Cámara del Fuenro, que se debe evaluar la razonabilidad de las normas en los términos de la relación entre los medios elegidos y los fines perseguidos en cuanto a su idoneidad, necesidad o proporcionalidad (cfr. fs. 135/vta.).

Explica que existen severas dificultades que ha debido enfrentar el Estado Nacional para concretar órdenes de expulsión dictadas contra personas de nacionalidad extranjera, como consecuencia de un complejo procedimiento recursivo (cfr. fs. 136), mencionando que en 2015 se ordenaron 1908 expulsiones, mientras que dicha cantidad fue aumentada a 4565 en 2016. Sin perjuicio de ello, en el 2016 se materializaron alrededor de 240 expulsiones al igual que durante 2015, “...cuyo mayor obstáculo evidenciado en la materialización de las expulsiones, se encuentra vinculado al ejercicio de las dilatadas vías recursivas reguladas en la ley migratoria vigente, llegando en algunos casos a realizar presentaciones recursivas en un ejercicio abusivo, contrariando los derechos y el espíritu presente del marco normativo vigente” (cfr. ídem – subrayado en el original).

Remarca que el Decreto 70/2017 da cuenta de que “... el Estado Nacional ha enfrentado severas dificultades para concretar órdenes de expulsión dictadas contra personas de nacionalidad extranjera, como consecuencia de un complejo procedimiento recursivo que, en algunos casos, puede llegar a SIETE (7) años de tramitación” (cfr. fs. 136). Además, y vinculado a ello, “...considerando los datos de las expulsiones ordenadas por la Dirección Nacional de Migraciones y las materializadas se observa una efectividad de la misma de un 7%. Es decir sobre el total de casos que conforme la normativa vigente debían ser expulsados por encontrarse incursos en los impedimentos o bien en las causales de cancelación de residencias, sólo un 7% se concretaban. Ello evidencia un sistema extremadamente ineficaz para concretar las responsabilidades propias de la Dirección Nacional de Migraciones que claramente se encontraba en una crisis fundamental dado el flagrante incumplimiento de sus deberes propios en perjuicio del Estado Argentino” (cfr. fs. 136 vta.).

Vinculado a ello, manifiesta que el procedimiento recursivo conlleva “...una innecesaria dilación temporal, sobre todo comparado nuestro irrazonable proceso con los instaurados en el resto del mundo” (cfr. ídem).

Seguidamente, hacen un recuento de distintas causas por comisión de delitos, vinculados a la narcocriminalidad, al robo con armas y tenencia de armas de guerra, a delitos contra la integridad sexual, falsificación de documento público y homicidio agravado, concluyendo que dichos casos entre más de trescientos similares que expone como ejemplos que a su juicio “...reflejan la realidad de la mayoría de los expedientes por los que tramitan las expulsiones motivadas en la comisión de delitos por parte de los involucrados, que con las reformas propuestas podrían en brevísimo lapso ser deportados a los países de los que son



Ministerio Público de la Nación

originarios, eliminando amenazas reales y potenciales para nuestra sociedad...” (fs. 140 vta. - subrayado y negrita en el original).

Acompaña un listado de 54 expulsiones por delitos graves en tramitación de su vía recursiva administrativa (cfr. fs. 141/144).

Destaca también la existencia de negocios vinculados a la irregularidad migratoria que sustentan a su juicio la emergencia, expresando que si bien se ha trabajado mucho puertas adentro del organismo, “...el tipo de procedimiento migratorio heredado, lento e ineficaz, permite todavía muchos ‘negocios’ de supuestos gestores que prometen a cualquier extranjero irregular, o con ingreso ilegal, o incluso antecedentes penales ‘conseguirle la precaria’, para que un lapso de ocho (8) años que puede llevar resolver estos recursos pueda obtener en definitiva una residencia de hecho sin importar el delito o infracción migratoria cometida” (cfr. fs. 144 vta.).

Expresa que, hasta el dictado del decreto 70/2017, la DNM insumía 400 días hábiles en lograr la efectiva expulsión de un migrante que no reunía los requisitos de admisión, “...ello en atención a la burocrática y extensa vía recursiva con la que contaba el régimen anterior. Hoy esa extensa vía recursiva se haya reducida SOLO para aquellos migrantes sobre los que se hubiera constatado el incumplimiento de los requisitos exigidos por la presente Ley y no así sobre los que pesa algún impedimento (ej.: Condenas penales).” (cfr. ídem).

Del mismo modo, da cuenta de casos en los que alrededor de 800 extranjeros se presentaron espontáneamente a denunciar la irregularidad de su ingreso a fin de obtener, según aduce, certificado de residencia precaria, lo que implicaría un fraude a la ley 25.871 al tiempo que facilitaría “...el accionar de quienes incurren en el delito de tráfico ilegal de personas” (cfr. fs. 145). Asimismo, argumenta que incluso se llegaron a plantear amparos por mora para exigirle a la DNM que emitiera el acto de expulsión, citando cinco casos (cfr. fs. 145/146).

También exhibe el casos de las cartas de ciudadanía, expresando que “...para evadir los mayores controles aplicados desde el ámbito de la ley 25.871, los extranjeros ejercen la opción de avenirse al régimen de las Ciudadanías. Lo cual resulta claramente en un fraude a los objetivos y a la política migratoria, ya que en numerosos casos como ha quedado evidenciado del dato de la realidad, prefieren no cumplir la ley 25.871, en fraude al espíritu del legislador” (cfr. fs. 147 vta.). Señala que por ello, el DNU 70/17 modifica el art. 2º inc. 1 de la ley 346 de ciudadanía exigiendo residencia legal permanente o temporaria por dos años continuos previos a la petición (cfr. fs. 148 vta.).

En este sentido, expresa que muchos extranjeros permanecen en situación irregular no presentándose en ninguna oportunidad ante la DNM y luego concurren directamente a la Justicia Federal y obtienen la ciudadanía. Cita distintas causas judiciales vinculadas a la cuestión, y da cuenta cómo es la política de ciudadanía de distintos países (cfr. fs. 148/vta.).

También señala la existencia de una política abierta en materia migratoria, expresando que Argentina es uno de los mayores receptores de migrantes en el cono sur, acompañando pruebas al efecto, y concluyendo que dicha política “...no solo continua incólume, sino que durante la presente gestión se otorgaron más residencias que nunca” (cfr. fs. 150).

Argumenta que existe una violación de la garantía en juicio por abuso de la jurisdicción (cfr. fs. 150/vta.).

Destaca la creciente población bajo custodia, expresando que la población penal extranjera “...representa un 20% del total del sistema federal y sufrió un incremento del 54% en el período 2003-2014. Ese guarismo resulta significativamente superior al 13% de crecimiento de la población total del Servicio Penitenciario Federal en el mismo período” (cfr. fs. 150 vta.). Se aportan también informes de gestión en este sentido del Servicio Penitenciario Federal, expresando que si consideramos la población penal extranjera alojada a septiembre de 2015 por tipología delictiva, “...continúa concentrada en la infracción a la ley 23.737 (51.9% y 54.7%, en diciembre de 2014)” (cfr. fs. 152 vta. –subrayado y negrita en el original).

Respecto de la actualidad y el fundamento del decreto, expresa que “...contrariamente a lo que sostienen los amparistas en relación a que existiría un cambio restrictivo en materia política migratoria. El mentado decreto únicamente hizo foco en aquellos impedimentos relacionados a la política de prevención en materia de seguridad, es decir, aquellos impedimentos vinculados al delito penal, la falsificación de documentos y el ingreso ilegal por lugares u horario no habilitado” (cfr. fs. 155/vta.).

Destaca también otro considerando del decreto 70/2017 en el que se sostuvo que en relación a los delitos vinculados con la narcocriminalidad, se observa que el treinta y tres por ciento (33%) de las personas bajo custodia son extranjeros (cfr. fs. 155 vta.).

Asimismo, da cuenta del compromiso internacional asumido por el Estado al firmar la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional, aprobada por la ley 25.362 (cfr. fs. 157).

Concluye que toda la situación reseñada no puede sino verse como una situación anormal que requiere medidas urgentes, con una emergencia en seguridad pública nacional que según aduce no fue cuestionada, y que conlleva a justificar la modificación en materia migratoria en casos en que personas de nacionalidad extranjera se encontraran vinculadas con derechos delictivos (cfr. ídem).

En otro orden de asuntos, dan cuenta del refrendamiento legislativo en trámite en los términos de la ley 26.122, por lo que solicita el rechazo de la solicitud de inconstitucionalidad “...por la supuesta invasión de atribuciones del Congreso, que versan como se dijo, estrictamente respecto a las cuestiones abarcadas por el Decreto 70/2017, que implican ‘Necesidad y Urgencia’, lo que así pido” (cfr. fs. 158 vta./159 –subrayado en el original).

Del mismo modo, defiende la constitucionalidad del procedimiento migratorio especial Sumarísimo, entre otros motivos porque encuadra las facultades ejercidas al reglamentar dicho régimen en las conferidas al Ejecutivo por el art. 99 inc. 2 de la CN; en los estándares internacionales de garantías del proceso dadas por la Corte Interamericana (CIDH); legislación comparada respecto del cual dicha Corte no se expidió acerca de procedimientos similares al instaurado –dando los casos de Costa Rica, Perú, Chile, Paraguay y Bolivia-, cuestionando la aplicación al caso de los casos de la CIDH citados en el escrito de inicio; expresando que el Decreto 70/2017 garantiza un plazo razonable de juzgamiento; dando cuenta de los casos presentados en los términos del art. 69 septies, destacando en particular que el derecho a tomar vista del expediente suspende por tres días hábiles los plazos del procedimiento; denunciando lo que denomina “excesos” a la amplitud probatoria, señalando a su vez que hay disposiciones en el decreto (art. 25) que garantizan su producción fijando a su vez un límite temporal para ello; y mencionando en este aspecto, por último, la inexistencia de un derecho adquirido al mantenimiento de las normas aplicables (cfr. fs. 159/166 vta.).

Seguidamente, la accionada contesta otros puntos del amparo. En primer lugar, hace referencia al planteo de que el DNU ampliaría los casos y supuestos alcanzados por el procedimiento de expulsión del territorio. En este orden de ideas, la DNM arguye que ingresar de modo irregular al Estado constituye una de las faltas más graves que se cometan al régimen



Ministerio Público de la Nación

migratorio de un Estado ya que no se permite ejercer su control sobre el ingreso y egreso a su territorio, citando la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos. Del mismo modo, expresa que el régimen migratorio no es un procedimiento penal, sino un régimen administrativo específico vinculado a la política de seguridad que lleva a cabo un determinado gobierno, destacando que el art. 69 y siguientes del procedimiento migratorio se inserta en el marco de las infracciones que atentan contra el orden público migratorio no permiten mediante el poder de policía migratorio proveer a la seguridad de las fronteras en los términos del art. 75 inc. 16 CN, destacando también que la expulsión de un extranjero cuenta actualmente “....con CINCO ETAPAS RECURSIVAS que comprenden desde el recurso de reconsideración hasta la revisión judicial y su posterior apelación” (cfr. fs. 168), y citando doctrina y jurisprudencia (cfr. fs. 166 vta./173).

Respecto del planteo de las amparistas referido a la cuestión de las notificaciones, la obligación a los extranjeros de constituir domicilio y la vinculación de esta carga con la igualdad, la accionada expresa que “...mal podría estipularse exención de cumplir dicha carga, o colocar en mejor situación a otros (en este caso los extranjeros), por sobre encima de los restantes sujeto de derechos llamados a cumplir con la ‘carga’ del domicilio en diferentes regulaciones” (cfr. fs. 173/vta.). En este sentido, señala cómo la constitución de domicilio es una obligación o carga impuesta por la norma jurídica, el efecto y validez de la notificación en el expediente administrativo, el caso de la publicación de edictos y el de su utilización en el ámbito judicial (cfr. fs. 173 vta./177).

A continuación, plantea en distintos puntos la cuestión de la denegación de entrada o rechazo en frontera, la cuestión relativa a la asistencia gratuita por carencia de medios económicos, y en ese acápite, la necesidad de una petición concreta de asistencia por parte del migrante y de una prueba de falta de medios económicos (cfr. fs. 177 vta./179).

También defiende el supuesto de la causa de terminación “anormal” del proceso de revisión por estar en el exterior, el que se consolida cuando el extranjero se encuentre fuera del territorio nacional por un plazo mayor a sesenta días corridos y continuos (cfr. fs. 179 vta.).

Seguidamente trata la cuestión relativa a la “derogación del recurso de revisión de las decisiones de la autoridad migratoria” (cfr. fs. 181/182 vta.), aludiendo luego al planteo de los “límites al proceso de definición de remedios que pueden brindar los jueces en el marco de la revisión de decisión de la autoridad migratoria”, destacando que la dispensa prevista por los viejos arts. 62 y 29 de la ley 25.871, supuestos que son según expresa de reserva discrecional de la Administración, citando jurisprudencia al efecto (cfr. fs. 182 vta./184).

En otro acápite, “Sobre la legislación en materia penal”, destaca nuevamente que las normas migratorias no revisten el carácter de norma penal, y menciona que el instituto de la retención no reviste el carácter de sanción (cfr. fs. 184 a foja sin numerar a continuación de la fs. 189).

Rechaza, en otro punto, que exista pago alguno para el otorgamiento del certificado de residencia precaria, aclarando que hay una tasa pero referida a la solicitud de residencia, mas no al certificado (cfr. foja sin numerar a continuación de fs. 189).

Respecto de los planteos referidos a una violación por parte de la normativa del derecho a la igual protección de la ley y a la no discriminación, expresa que la DNM se limita a decidir de conformidad con lo dispuesto en la ley 25.871, al encontrarse verificada una de las causales objetivas que impiden la permanencia en el territorio nacional, citando jurisprudencia (cfr. segunda foja sin numerar a cont. de fs. 189 y sgtes.).

A su vez, trata el planteo de las amparistas referidas a que la normativa en crisis violaría el derecho a la reunificación familiar y unidad familiar, planteando que son cuestiones que tratará en cada caso DNM, descartando la irrazonabilidad en abstracto del planteo. Sin perjuicio de ello, destaca el carácter discrecional de la Administración para la dispensa, la insuficiencia de alegaciones de reunificación familiar no acreditadas, haciendo alusión a los casos de padres separados y los menores prevista por la Convención Sobre los Derechos del Niño, citando jurisprudencia (cfr. fs. 191/195).

Respecto del planteo referido al supuesto incumplimiento del acuerdo de solución amistosa fijada en el caso “De la Torre”, expresa que dicho proceso terminó con la publicación del reglamento de la Ley de Migraciones adoptado mediante Decreto 616/2010 y publicado en el Boletín Oficial el 6 de mayo de 2010, destacando el reciente fallo “Fontevecchia” de la CSJN y su implicancia respecto de la interpretación del art. 27 de la CN (cfr. fs. 195/196 vta.).

Por último, tras un colofón en el que repasa los contenidos del informe, ofrece prueba, reserva caso federal y solicita entre otras cosas que oportunamente se rechace la acción de amparo con costas (cfr. fs. 196 vta./199).

VII.- A continuación, corresponde determinar la viabilidad jurídica de los planteos constitucionales formulados por la actora respecto del decreto 70/17 que se encuentra pendiente de aprobación o rechazo legislativo.

Por razones de orden lógico, es menester, en primer lugar, tratar los cuestionamientos de la accionante respecto de la constitucionalidad formal del decreto en estudio, esto es, el cumplimiento de los requisitos constitucionales previstos en el art. 99 inc. 3 de la Constitución Nacional.

A los fines mencionados, no huelga señalar que surge de la sanción del decreto cuestionado, que fue dictado por el Poder Ejecutivo y refrendado por todos los Ministros y el Jefe de Gabinete de Ministros (vide. B.O. de fecha 27 de enero de 2017).

Por otra parte, consta que el Jefe de Gabinete de Ministros remitió la medida dentro de los diez días a la Comisión Bicameral Permanente, a los fines que se expida sobre los requisitos formales y sustanciales establecidos constitucionalmente para su dictado (Ley 26.122, art.10; Expediente Diputados: 0036-JGM-2016; T.P.nº 192, del 9 de febrero de 2017).-



Ministerio Público de la Nación

Cotejado ello, procede recordar que la Corte Federal sostuvo que los términos del art. 99 inc. 3 CN “... no dejan lugar a dudas de que la admisión del ejercicio de facultades legislativas por parte del Poder Ejecutivo se hace bajo condiciones de rigurosa excepcionalidad y con sujeción a exigencias formales, que constituyen una limitación y no una ampliación de la práctica seguida en el país ... Así, para el ejercicio válido de esta facultad de excepción, el constituyente exige —además de la debida consideración por parte del Poder Legislativo— que la norma no regule materia penal, tributaria, electoral o del régimen de los partidos políticos, y que exista un estado de necesidad y urgencia” (cfr. CSJN, Fallos 333:633).

En cuanto a la materia regulada por el decreto, la accionante se agravia en el entendimiento de que el Poder Ejecutivo estaría legislando sobre materia penal al crear nuevos supuestos que habilitan la expulsión de las personas migrantes, como también nuevas condiciones para la privación de su libertad. Por añadidura, considera que la normativa incurre en materia tributaria, ya que modificó el aspecto temporal del hecho imponible de la tasa por el servicio prestado en el marco de la obtención de la residencia precaria.

Dicho lo anterior, los argumentos brindados por la demandante para justificar la incursión del decreto 70/17 en materias vedadas por el texto constitucional, no pueden prosperar.

En efecto, en primer lugar cabe destacar el incuestionable derecho del Estado Nacional a regular y condicionar la admisión de extranjeros en la forma y medida en que, con arreglo a los preceptos constitucionales, lo requiera el bien común en cada circunstancia, que no es incompatible con las garantías de los derechos individuales consagrados por la Ley Suprema (cfr. CSJN, Fallos 313:101, entre muchos otros).

En consonancia con ello, el Poder Ejecutivo a través del decreto 70/17, modificó ciertos aspectos de la ley 25.871 sin adentrarse específicamente en la materia penal. Al respecto, la jurisprudencia del Fuero ha distinguido las penas impuestas por los tribunales judiciales penales y las expulsiones sustentadas en disposiciones normativas de indudable naturaleza administrativa sobre entrada, permanencia y salida del país, por involucrar diferentes intereses. Sobre el particular, con cita del Tribunal Constitucional Español, la Sala I sostuvo que “la pena se impone en el marco de la política criminal del Estado, mientras la expulsión del territorio nacional ha sido acordada en el marco de la política de extranjería, que son dos ámbitos que atienden a intereses públicos netamente diferentes... Es decir, sin mayores matices, podemos convenir en que el fundamento de la pena reside en la protección de bienes jurídicos a través de los efectos preventivos asociados a su naturaleza afflictiva. En cambio, la medida de expulsión obedece a los objetivos propios de la política de extranjería que, en todo caso, están relacionados con el control de los flujos migratorios de cara a procurar una integración y convivencia armónica en el territorio del Estado” (sentencias 236/2007 y 262/2007, del 7 de noviembre y del 20 de diciembre de 2007, respectivamente)” (cfr. “Velito Castillo, Luis Antonio c/ EN- DNM- Ley 25.871- disp. 149/10 s/ proceso de conocimiento”, 13/11/14; asimismo, misma Sala, “Pereyra Collazo, Freddy Eugenio c/ EN- M° Interior- DNM s/ recurso directo DNM, 9/5/17; Sala II, “Garcete Balbuena Edgar Ramón c/ EN- M° Interior- DNM s/ recurso directo DNM, 4/4/17). En función de las pautas jurisprudenciales expuestas, cabe descartar el encuadramiento penal del decreto migratorio.

Asimismo, el cuestionamiento del decreto relativo a la modificación del aspecto temporal del pago de la tasa correspondiente a la residencia precaria y que, en consecuencia, supondría una regulación en materia impositiva, debe rechazarse en tanto dicha

modalidad de residencia no exige pago alguno, de conformidad con el decreto 231/09 – cuya constitucionalidad no fue cuestionada por el aquí actor.

Por otro lado, en lo atinente a la existencia del estado de necesidad y urgencia que justifica el dictado de la norma, la Corte Suprema resolvió que “...para que el Presidente de la Nación pueda ejercer legítimamente las excepcionales facultades legislativas que, en principio, le son ajenas, es necesaria la concurrencia de alguna de estas dos circunstancias: 1) que sea imposible dictar la ley mediante el trámite ordinario previsto por la Constitución, vale decir, que las Cámaras del Congreso no puedan reunirse por circunstancias de fuerza mayor que lo impidan, como ocurriría en el caso de acciones bélicas o desastres naturales que impidiesen su reunión o el traslado de los legisladores a la Capital Federal; o 2) que la situación que requiere solución legislativa sea de una urgencia tal que deba ser solucionada inmediatamente, en un plazo incompatible con el que demanda el trámite normal de las leyes” (cfr. CSJN, Fallos 333:633).

La doctrina especializada explica que “El primer requisito destacado por la Corte se inscribe, claramente, dentro del concepto de emergencia: El Congreso no se puede reunir por una situación límite, mientras que... la marcha de los asuntos públicos requiere que no se paralice la actividad legislativa. Como la misma Corte lo señala, el segundo requisito es alternativo, no acumulativo, y se refiere a la urgencia, aun cuando no exista ninguna catástrofe que impida el funcionamiento del Congreso, aunque sí un requerimiento temporal ‘incompatible con el que demanda el trámite normal de las leyes’” (cfr. Barra, Rodolfo C., Tratado de derecho administrativo, Tomo 1, Ábaco, Buenos Aires, 2002, p. 413/414).

Sobre la base de lo apuntado, a efectos de evaluar en el caso la existencia de un estado de necesidad y urgencia, corresponde puntualizar, como hizo nuestro Tribunal Cimero, que si es procedente que el Poder Judicial controle la discrecionalidad que conlleva una ley dictada formalmente por el Congreso Nacional, con más razón el juez puede revisar, en el ámbito de la controversia, la discrecionalidad del Poder Ejecutivo dictando un decreto que su materia, en principio, es “zona de reserva legal” (CSJN. Fallos:223:206; 243:513; 325:28, entre otros).-

Reseñado lo anterior, a efectos de evaluar en el caso la existencia de un estado de necesidad y urgencia, cabe precisar que de la motivación del decreto, en lo que aquí interesa, se desprende que 1) “el Estado Nacional debe velar por el orden internacional y la justicia, de conformidad con lo establecido en el artículo 3º, inciso j), de la Ley de Migraciones. En ese orden de ideas, la permanencia de los extranjeros con antecedentes delictivos -durante el extenso proceso recursivo actual- atenta contra dicho objetivo; 2) ante recientes hechos de criminalidad organizada de público y notorio conocimiento, el Estado Nacional ha enfrentado severas dificultades para concretar órdenes de expulsión dictadas contra personas de nacionalidad extranjera, como consecuencia de un complejo procedimiento recursivo que, en algunos casos, puede llegar a SIETE (7) años de tramitación]; 3) en los últimos años se verifica una proporción sumamente baja en la relación existente entre la cantidad de expulsiones dispuestas por la autoridad migratoria competente, fundadas en la existencia de antecedentes penales, y las efectivamente concretadas; 4) tanto ese bien común como el interés general de la sociedad se ven actualmente afectados por las graves consecuencias que provocan los delitos que merecen, según las leyes argentinas, penas privativas de la libertad y en particular los delitos de tráfico de armas, de personas, de órganos o tejidos y de estupefacientes, lavado de dinero, inversiones en actividades ilícitas, trata de personas, genocidio, crímenes de guerra, actos de terrorismo o delitos de lesa humanidad y de todo otro acto susceptible de ser juzgado por la Corte Penal Internacional...; 5) en virtud de lo expuesto, el dictado del presente resulta consistente con las razones que, en su oportunidad, motivaron el Decreto N° 228 de fecha 21 de enero de 2016 mediante el cual se declaró la



Ministerio Público de la Nación

emergencia de seguridad pública, prorrogada por el Decreto N° 50 de fecha 19 de enero de 2017; 6) ante la aparición de las nuevas modalidades de fraude a la ley migratoria precedentemente señaladas y la necesidad de llevar adelante nuevas estrategias contra el delito y la violencia, deviene imprescindible ajustar la legislación migratoria a la nueva realidad, sin menoscabo de los derechos y garantías de los migrantes y preservando adecuadamente la seguridad pública; 7) la naturaleza excepcional de la situación planteada hace imposible seguir los trámites ordinarios previstos en la Constitución Nacional para la sanción de las leyes”.

De las constancias de la causa y los fundamentos expuestos en los considerandos transcriptos, corresponde tener por cumplido, en esta instancia revisora, el recaudo relativo a la existencia del estado de necesidad y urgencia que justifica el dictado de la norma atacada. Ello así, en atención a que no surge en forma palmaria por parte del Poder Ejecutivo, ni una “desviación de poder, irrazonabilidad o mala fe” que habilite al poder jurisdiccional tachar de inconstitucional la discrecionalidad de determinar la “necesidad y urgencia” del decreto cuestionado (cfr. SILVA TAMAYO, Gustavo “Desviación de Poder y abuso del derecho, Bs.As. Lexis Nexis, 2006; GORDILLO, Agustín, “Tratado de Derecho Administrativo”, Tomo I, X-30 a X-36; GRAU, Armando E. “La razonabilidad en el procedimiento administrativo argentino” R.C.A.L.P. nº6, pág.343; FERREYRA, Gustavo “Los decretos por razones de necesidad y urgencia” Enunciados nº36, R.D.I.U.B.A.; BELTRAN DE FELIPE, Miguel “Discrecionalidad administrativa y constitución”, Tecnos, Madrid, pág.187; SESIN, Domingo “Administración Pública, actividad reglada, discrecional y técnica. Nuevos mecanismos de control judicial” Bs.As. Depalma. pág.287; cfr. CNCAF. Sala IV, *in re* “Padilla, Miguel Manuel c/E.N.-Senado de la Nación s/proceso de conocimiento” 23/09/2003; Sala II, *in re* “Cooperativa de Trabajo Buenos Aires Empresa Nacional Limitada c/E.N. s/amparo ley 16.986” 8/06/2017). –

El criterio descripto toma mayor sustento, al cotejar que a la fecha de este dictamen la Comisión Bicameral Permanente tiene a su estudio la revisión de la excepcional función legislativa que asumió el Poder Ejecutivo, debiendo analizar la viabilidad del decreto conforme lo determina el imperativo legal.

La ley 26.122 en su art. 19, establece que la Comisión tiene un plazo de diez días hábiles contados desde la presentación efectuada por el Jefe de Gabinete, para expedirse acerca del decreto sometido a su consideración y elevar el dictamen al plenario de cada una de las Cámaras. A lo que se agrega que “*Vencido el plazo a que hace referencia el artículo anterior sin que la Comisión Bicameral Permanente haya elevado el correspondiente despacho, las Cámaras se abocarán al expreso e inmediato tratamiento del decreto de que se trate de conformidad con lo establecido en los artículos 99, inciso 3 y 82 de la Constitución*” (Ley cit. Art.20; CSJN, Fallos: 243:513; 320:285, entre otros).-

Por las consideraciones expuestas, corresponde tener por cumplido los recaudos formales que exige nuestra Constitución Nacional para el dictado de la norma atacada.

VIII.- Superado lo anterior, es necesario abordar la constitucionalidad material del decreto 70/17.

Cabe señalar primeramente que las asociaciones actoras se presentan “en representación de los derechos humanos y derechos individuales homogéneos de todas aquellas personas migrantes sometidas a trámites administrativos de expulsión a los que se les afectan de manera actual o inminente sus garantías mínimas de debido proceso legal y tutela

judicial efectiva, la libertad ambulatoria y el derecho a igual protección de la ley y a la no discriminación, como consecuencia de la modificación que el DNU [70/2017] introdujo a la Ley 25.971...” (cfr. fs. 20 vta.).

Bajo la calidad invocada, el planteo de inconstitucionalidad se concentra en los siguientes elementos del decreto: 1) la ampliación de los supuestos de impedimento de ingreso y permanencia en el territorio nacional, cancelación de residencia y expulsión del territorio argentino (sustitución del artículo 29 de la Ley N° 25.871); 2) las modificaciones introducidas en materia de procedimiento y control judicial de las decisiones de la DNM, en particular, los plazos para la interposición del recurso administrativo y judicial, que por su exigüidad (3 días), tildan de “ilusorio e ineffectivo”, y otros agravios vinculados a la garantía de defensa y debido proceso (arts. 69 a 69 undecies, 70, 74 bis); y 3) la violación del derecho de reunificación familiar a resultas de las modificaciones introducidas (Cfr. puntos IV y X del escrito de demanda).

En los términos expuestos, se advierte que el derecho cuya protección procura la parte actora en el *sub examine* es de incidencia colectiva, referente a intereses individuales homogéneos (cfr. fs. 220/223), por lo que corresponde identificar, en primer lugar, aquellos elementos de la pretensión declarativa de inconstitucionalidad que son susceptibles de ser encuadrados y resueltos en el marco de la acción colectiva iniciada; y cuáles, por su naturaleza, corresponderá decidir eventualmente en el marco de acciones de carácter individual, promovidas por los sujetos directamente afectados por la aplicación de las disposiciones en crisis.

En cuanto a ello, debe recordarse que la CSJN ha reconocido a las asociaciones civiles legitimación para iniciar acciones colectivas, relativas a derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos, en la medida en que demuestren: la existencia de un hecho único susceptible de ocasionar una lesión a una pluralidad de sujetos; que la pretensión esté concentrada en los “efectos comunes” para toda la clase involucrada; y que de no reconocerse la legitimación procesal podría comprometerse seriamente el acceso a la justicia de los integrantes del colectivo cuya representación se pretende asumir (confr. “Halabi”, Fallos: 332:111, “Padec”, Fallos: 336:1236; “Unión de Usuarios y Consumidores”, Fallos: 337:196 y “Consumidores Financieros Asociación Civil p/ su defensa”, Fallos: 337:753, entre otros).

Así, se encuentra cumplido el recaudo referido a homogeneidad fáctica y normativa, en el marco de la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en precedente “Halabi”. Por cierto, si bien no hay un bien colectivo en crisis, ya que los derechos invocados son individuales enteramente divisibles (garantías del debido proceso y libertad ambulatoria), existe un hecho único o continuado, originado en la sanción del decreto 70/17, que según los fundamentos de la demanda, provoca la lesión a todos ellos, y por lo tanto es identifiable una causa fáctica y normativa homogénea.

No obstante ello, la pretensión de la actora sólo está concentrada en los “efectos comunes” para toda la clase de los sujetos afectados, en los puntos vinculados al régimen de recursos administrativos y judiciales; en particular, el agravio constitucional referido a la exigüidad de los plazos de interposición, y a las condiciones de acceso a la asistencia letrada en el marco del procedimientos.

En efecto, las modificaciones introducidas en este punto se aplican de forma análoga a todos los integrantes de la clase, afectándolos de manera similar en sus garantías del debido proceso legal, y de tutela judicial y administrativa efectiva, con independencia del daño que puedan sufrir individualmente en sus restantes derechos.

Ello, en la medida que todas las personas migrantes que se encuentran sometidas a los trámites de cancelación de residencia o expulsión del territorio nacional deberán, a partir de la entrada vigencia del DNU cuestionado, someterse al nuevo régimen



Ministerio Público de la Nación

recursivo establecido en el decreto, y en lo que aquí importa, interponer los recursos administrativos y/o judiciales en los plazos perentorios establecidos en el decreto, y objetados en su razonabilidad, con prescindencia de las causales en que se funden los acto administrativos impugnados.

Concordantemente, los fundamentos jurídicos de la pretensión expuestos en este punto, resultan uniformes respecto de la totalidad del colectivo que se pretende representar (Cfr. CSJN, Consumidores Financieros Asoc. Civil para su defensa c. Banco Itaú Buen Ayre Argentina S.A. s/ ordinario, 24/06/2014), cuando exponen que, tratándose de un supuesto tan gravoso como la expulsión del territorio, la reducción de los plazos para recurrir pone en evidencia un impacto sobre las capacidades efectivas para realizar una defensa adecuada (cfr. fs. 11/12).

Por su parte, el recaudo de estar comprometido seriamente el “acceso a la justicia” —cuyo cumplimiento, según se expresó en “Halabi” (Fallos: 332:111), resulta ineludible para la viabilidad de una acción colectiva que tenga por objeto la defensa de intereses individuales homogéneos—se encuentra cumplido respecto de todos los miembros del colectivo. En efecto, de no reconocerse legitimación procesal a las asociaciones actoras para obtener la declaración de inconstitucionalidad solicitada en este punto, se produciría una clara vulneración del acceso a la justicia. Ello así, pues no parece justificado que cada uno de los migrantes sometidos a los mencionados trámites articule individualmente un planteo de inconstitucionalidad contra los plazos normados en el DNU 70/17, en oportunidad de impugnar judicialmente los actos administrativos de expulsión. De ser así, el planteo sólo exhibiría la “concreción e inmediatez” necesaria para que los jueces ejerzan el control de constitucionalidad (CSJN, Fallos, 326:1007) si la acción judicial y/o el recurso administrativo fuesen presentados extemporáneamente, con el riesgo de comprometer su admisibilidad formal si el planteo no prospera. Contrariamente, si la impugnación administrativa y/o judicial fuesen deducidas dentro de los plazos previstos en el DNU 70/17, el eventual planteo constitucional se tornaría insustancial, pues al no reparar un perjuicio concreto, el eventual pronunciamiento favorable carecería de “utilidad” (Fallos, 321:1352 y Fallos, 323:1339). En ambos supuestos, los integrantes del colectivo representado se verían impedidos de peticionar individualmente la subsanación del agravio constitucional, en lo que atañe a la exigüidad de los plazos de impugnación administrativa y judicial.

Por ello, es posible sostener que el caso involucra en este aspecto un supuesto en el que se encuentra comprometido el acceso a la justicia. Ello así, en tanto cabe aquí presumir una posición de mayor vulnerabilidad del colectivo representado, frente al efectivo cumplimiento de la garantía constitucional invocada (considerando 13, 4º párrafo del precedente “Halabi” citado). A este respecto, el Tribunal ha resaltado en diversos precedentes la importancia del proceso colectivo como una forma de garantizar el acceso a la justicia, valor que cobra especial importancia en este supuesto, toda vez que el costo que significaría solicitar individualmente la declaración de inconstitucionalidad de los plazos regulados en el decreto 70/17, supera claramente el beneficio que cada uno de los migrantes sometidos a trámites de expulsión podría obtener de la sentencia dictada en esta causa. Por el contrario, y atendiendo a las razones dadas en el párrafo anterior, una interpretación que restringiera a este grupo la posibilidad de demandar de manera colectiva equivaldría, lisa y llanamente, a negar efectividad a la tutela constitucional de las garantías del debido proceso y tutela judicial y administrativa efectiva, por las que se acciona en autos (Cfr. *mutatis mutandi*, CSJN en “Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros c. Ministerio de Energía y Minería s/ amparo colectivo”, 18/08/2016, considerandos 12 y 13).

En suma, la configuración de estos requisitos lleva a considerar razonable la realización de un solo juicio con efectos expansivos de la cosa juzgada del pronunciamiento que en él se dicte salvo (considerando 12 Fallos: 332:111), en lo que atañe al sistema de recursos administrativos e impugnación judicial establecido en el DNU 70/17.

La misma conclusión es predicable respecto de la reglamentación del derecho a la asistencia jurídica gratuita para migrantes que carezcan de medios económicos, en los procedimientos administrativos y judiciales (modificación del art. 86 LNM). Sobre este punto, la actora cuestiona que, bajo la vigencia del decreto 70/17, el migrante debe solicitar la asistencia para que la autoridad migratoria notifique a tal efecto al Ministerio Público de la Defensa, de modo que el migrante “...tiene que conocer que le asiste ese derecho y que a la vez existe un mecanismo para contar con ese tipo de asistencia” (cfr. fs. 16 vta.). Asimismo, la normativa impugnada establece que cuando dicha asistencia no haya sido requerida, o no se acredite la carencia de medios económicos, se continuará con las actuaciones administrativas sin más trámite.

Así, enfatiza que la redacción vigente de la ley difiere sustancialmente de la original, y en particular, de su reglamentación, que prescribía que ante el solo planteo efectuado por el migrante, la DNM debía notificar al Ministerio Público de la Defensa, disponiendo la suspensión de cual trámite y de los plazos hasta que el referido Ministerio asumiera la defensa del migrante.

En los términos expuestos, considero que se encuentra acreditada también la focalización del planteo sobre los efectos comunes de la reglamentación atacada, así como el recaudo vinculado al acceso a la justicia. Por cierto, la actora cuestiona la eficacia de la nueva reglamentación, en la medida que exige el conocimiento de este mecanismo por parte de los migrantes sometidos a trámites de expulsión, lo que denota una afectación común de la garantía de defensa para todos los integrantes del colectivo representado.

Asimismo, si cada migrante sometido a tales procedimientos tuviera que plantear individualmente la inconstitucionalidad de la nueva reglamentación de la asistencia jurídica, el efecto reparador del control de constitucionalidad resultaría tardío e ineficaz, toda vez que dicho planteamiento sólo podría ser deducido en la instancia judicial revisora ulterior al procedimiento recursivo, de modo que la lesión a la garantía de defensa operada en la instancia administrativa, como consecuencia del nuevo mecanismo, quedaría huérfana de toda reparación.

Con todo, en lo que atañe a los restantes agravios, no se ha demostrado que el ejercicio individual de la acción no aparezca plenamente posible, en atención a la entidad de las cuestiones planteadas (Cfr. CSJN, “Sociedad Rural Río V c. AFIP s/ ordinario”, 4 de agosto de 2016). Además, en tales planteos, la pretensión no se enfoca adecuadamente en el aspecto colectivo de los efectos derivados de la aplicación de las disposiciones cuestionadas (Cfr. CSJN, “Halabi, Ernesto c. P.E.N. Ley 25.873 DTO. 1563/04”, 24/02/2009 considerando 12 y 13; y en igual sentido, “PADEC c. Swiss Medical S.A.”, 21/08/2013). Antes bien, los fundamentos desarrollados en el escrito inicial, demuestran que la pretensión se enfoca estrictamente en el perjuicio individual que la normativa en crisis puede acarrear respecto de ciertos casos particulares.

En efecto, el planteo dirigido a la ampliación de los supuestos alcanzados por el procedimiento de expulsión (artículo 29 de la LNM, en su redacción actual), demuestra que la lesión a los derechos invocados se subordina a la efectiva aplicación de las causales de cancelación o denegación de residencia incorporadas por el DNU, lo que en definitiva, dependerá de las circunstancias fácticas de cada caso individualmente considerado.

Igual consideración merecen los agravios vinculados al régimen de detención preventiva, notificaciones, y terminación “anormal” del procedimiento por desistimiento de hecho, ya que dichas reglas no se aplican necesariamente y de manera común a todos los



Ministerio Público de la Nación

procedimientos migratorios, sino únicamente en los supuestos allí enunciados, a saber: si la persona migrante no constituye domicilio, si la detención preventiva fuese solicitada al juez con el inicio del procedimiento migratorio, y si el migrante se encontrase fuera del territorio nacional, respectivamente. Por lo que, en tales supuestos, la lesión invocada habrá de configurarse eventualmente según las particularidades de cada trámite.

De igual modo, en lo que respecta al derecho de reunificación familiar, la actora cuestiona la dificultad de acreditar-en aquellos supuestos donde se puede invocar tal derecho- la convivencia del grupo familiar, por lo que, en sus propias palabras, la eventual observancia o lesión a dicho principio dependerá de la discrecionalidad de las autoridades administrativa, y el cumplimiento de exigencias probatorias (cfr. fs. 39). En consecuencia, no puede afirmarse que el efecto lesivo del decreto se proyecte sobre todos migrantes sujetos a trámites de expulsión que integran la clase afectado, sino en "...aquellos supuestos que permite alegar la existencia de este derecho...", al tiempo que la afectación de este principio dependerá de la decisión de la autoridad administrativa, y la valoración de la prueba, en el trámite individual.

IX.- Delimitado el alcance de la acción, corresponde analizar los planteos vinculados a los plazos recursivos y al régimen de acceso a la asistencia jurídico.

Sobre el primero de ello, la accionante aduce que el procedimiento sumarísimo establecido por el decreto 70/17 implica una reducción sustancial de los plazos procesales - pasando de 15 y 30 días para la interposición del recurso jerárquico y judicial, respectivamente, a 3 días hábiles-que perjudica notablemente a la persona que debe ejercer en tan exiguo tiempo su defensa, y en la práctica, impide al migrante su derecho a ser oído con las debidas garantías constitucionales, ofrecer y producir la totalidad de la prueba que hace a su derecho y, en líneas generales, implica un menoscabo de su derecho a la defensa.

Sobre este punto, el titular de la Fiscalía interinamente a mi cargo ha dictaminado el 27/3/17 en un planteo de idéntica sustancia, en la causa "MERELES CACERES, ELIAS ARIEL C/ EN- M° INTERIOR- DNM S/ RECURSO DIRECTO DNM", Expte. N° CAF 13.079/2017, cuyos fundamentos comparto y procederé a reseñar -en lo pertinente- a continuación.

En dicho precedente, se destacó -en lo concerniente a las garantías del debido proceso- que la CADH reconoce en su art. 8º el derecho de toda persona a ser oída, con las debidas garantías, dentro de un plazo razonable; y que si bien el texto de la norma hace referencia a estas garantías mínimas en los procesos penales, la Corte IDH, a través de una interpretación evolutiva, ha ampliado su ámbito de aplicación a otros procesos más allá de los de orden penal, en los que medie la determinación de derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter (cfr., Corte IDH, "Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú", sentencia de 31 de enero de 2001; "Baena Ricardo y otros Vs. Panamá", sentencia de 2 de febrero de 2001; "Ivcher Bronstein Vs. Perú", sentencia de 6 de febrero de 2001; y "Vélez Loor Vs. Panamá", sentencia del 23 de noviembre de 2010, entre muchos otros).

De esta manera, todo proceso judicial o procedimiento administrativo que pueda afectar los derechos de una persona debe tramitarse conforme las garantías del debido proceso, de forma que las personas puedan defenderse adecuadamente de cualquier acto emanado del Estado (cfr. Corte IDH, Opinión Consultiva OC-9/87, Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos), 6/10/87, párr. 27; y Corte IDH, Caso del Tribunal Constitucional, cit., párr. 69)

En este mismo sentido, la Corte IDH ha sostenido que las garantías mínimas establecidas en el artículo 8.2 de la Convención también se aplican en materias que conciernen a la

determinación de derechos y obligaciones de todo carácter (cfr. Corte IDH, Opinión Consultiva OC-11/90, sobre las Excepciones al Agotamiento de los Recursos Internos, 10/8/90).

Entre dichos procesos, claramente, encuadran aquellos tendientes a establecer la situación migratoria de una persona, motivo por el cual la jurisprudencia interamericana ha sido enfática al señalar que los procedimientos migratorios deben desarrollarse conforme a las garantías del debido proceso (cfr. Corte IDH, “Vélez Loor”, cit., párrs. 141/143); y CIDH, Informe de Admisibilidad No. 64/08, Caso “Raghda Habbal e hijo (Argentina)”, 25 de julio de 2008, párr. 54).

El respeto de dichas garantías cobra mayor vigencia en materia de procedimientos migratorios, a partir de la sentencia de la Corte Interamericana en el caso “Vélez Loor vs. Panamá”, donde sostuvo que “el debido proceso legal es un derecho que debe ser garantizado a toda persona, independientemente de su estatus migratorio. Esto implica que el Estado debe garantizar que toda persona extranjera, aun cuando fuere un migrante en situación irregular, tenga la posibilidad de hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables.” (cfr. Corte IDH, “Caso Vélez Loor Vs. Panamá”, cit., párr. 143).

En la misma línea de pensamiento, la Comisión IDH ha indicado que aquellos procedimientos que pueden resultar en la expulsión o deportación de una persona, involucran determinaciones sobre derechos fundamentales, lo que exige la interpretación más amplia posible del derecho al debido proceso (CIDH, Informe No. 49/99. Caso “Loren Laroye Riebe Star, Jorge Barón Guttlein y Rodolfo Izal Elorza (Méjico)”, 13 de abril de 1999, párr. 70).

Se advierte luego que, en la materia bajo examen, tanto la Comisión como la Corte Interamericana han desarrollado una amplia jurisprudencia con relación al alcance de las garantías del debido proceso, y sobre los principios que resultan de especial relevancia en materia de migrantes.

Primeramente, la Corte IDH, en su Opinión Consultiva sobre la Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, se ha expedido sobre la relación entre el derecho a la igualdad y no discriminación y el debido proceso de los migrantes en situación irregular. Al respecto, ha sostenido que “...para que exista ‘debido proceso legal’, es preciso que un justiciable pueda **hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables**. Para alcanzar sus objetivos, el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales y a la correlativa prohibición de discriminación. La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a **reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses**. Si no existieran esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas vertientes del procedimiento, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas” (Cfr. Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03, 17 de septiembre de 2003, párr. 121. El destacado es propio).

En lo que atañe especialmente al derecho ser oído, y a contar con un tiempo razonable y los medios adecuados para la preparación de su defensa, la Corte Interamericana tiene dicho que esta obligación requiere que el Estado trate al migrante en todo momento como un verdadero sujeto del proceso, en el más amplio sentido de este concepto, y no simplemente como objeto del mismo (Cfr. Corte IDH. Caso “Vélez Loor”, cit., párr. 145). Y en particular, obliga a respetar el derecho del migrante a **contar con el tiempo y los medios**



Ministerio Público de la Nación

adecuados para preparar la defensa, contemplado en el artículo 8.2.c) de la Convención Americana (cfr. Corte IDH, Caso “Barreto Leiva vs. Venezuela”, Sentencia de 17 de noviembre de 2009, párrs. 54 y 160).

En particular, la Comisión ha enfatizado que el migrante debe **contar con la oportunidad de reunir evidencias u otros materiales para fundar su caso, y asegurar que pueda preparar su defensa**, formular alegatos y promover las pruebas pertinentes, garantías que resultan imposibles de ejercer cuando el plazo de ejecución de la decisión gubernamental resulta irrazonablemente breve (cfr. CIDH, Informe de Fondo en el Caso “Loren Laroye Riebe Star…”, cit., párrs. 55 y 60; Informe de Fondo No. 84/09, Caso “Nelson Iván Serrano Sáenz (Ecuador)”, 6 de agosto de 2009, párrs. 61 y 62; Informe de Admisibilidad No. 68/05, Caso “Juan Chamorro Quiroz (Costa Rica)”, 5 de octubre de 2000, párrs. 32-36).

En razón de lo antedicho, **los procedimientos sumarios de deportación resultan contrarios a las garantías del debido proceso**, en tanto privan a los migrantes del derecho a ser oídos, a defenderse de manera adecuada y a impugnar su expulsión (cfr. CIDH, Informe de Fondo No. 78/11, Caso “John Doe y otros (Canadá)”, 21 de julio de 2011, párr. 116; e Informe de Fondo No. 51/96, Caso “Comité Haitiano de Derechos Humanos y otros (Interdicción de Haitianos en Altamar) (Estados Unidos)”, 13 de marzo de 1997, párr. 180).

En estos supuestos, la Comisión ha objetado aquellas deportaciones que son llevadas a cabo en el marco de procedimientos penales o administrativos sumarios, lo cual impide que los migrantes puedan tener acceso a un recurso judicial efectivo para la determinación de si tienen o no derecho a permanecer en el país, circunstancias que configuran una violación a los artículos 8 y 25 de la Convención Americana, en cuanto significan una violación a las normas del debido proceso legal (Cfr. CIDH, Informe de Fondo en el caso “Loren Laroye Riebe Star…”, cit., párrs. 46-82).

En las condiciones expuestas, considerando la aplicación jurisprudencial de las garantías del debido proceso efectuada por la Comisión y Corte IDH en materia migratoria, que debe servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales, las disposiciones el decreto 70/17, relativas a los plazos de interposición del recurso administrativo y judicial para obtener la revisión del acto administrativo que ordena la expulsión del migrante (arts. 14 y 16), no superan el control de convencionalidad, a la luz de los estándares reseñados en los párrafos precedentes (CSJN, “Mazzeo, Julio L. y otros”, 13/07/2007; “Gioldi, Horacio D. y otro.”, 07/04/1995, Fallos: 330: 3248 y 318: 514, respectivamente).

En primer término, la exigüidad de los plazos que introduce el mencionado decreto para la interposición del recurso jerárquico y judicial (3 días hábiles), se erige como un obstáculo para que el migrante haga valer su defensa en forma efectiva, y sobre todo, en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables. En efecto, la brevedad del plazo establecido en dicha disposición, a contramano de lo indicado en la Opinión Consultiva 18/03 antes citada, ubica al migrante en condiciones de clara desventaja para el acceso a la Justicia con respecto a otras personas, lo cual enerva la eficacia de su defensa y le impide obtener la revisión de la decisión desfavorable en condiciones de igualdad (confr. a tal efecto, el plazo de interposición del recurso jerárquico establecido en el RPA -decreto 1759/72-, art. 90; y para la interposición de los denominados “recursos directos” establecido en la ley 25.164-Arts. 39 y 40; ley 21.526-Art. 42; ley 22.285-art. 81; Código Aeronáutico-Art. 215; ley 25.871-Art. 84; ley 19.549-Art. 25 in fine, entre otros).

Asimismo, y de modo principal, estimo que la brevedad del plazo de interposición de los recursos, **supone un escollo irrazonable que impide al migrante**

preparar adecuadamente su defensa, reunir evidencias u otros elementos para fundar su caso, formular alegatos y promover las pruebas pertinentes. Estas garantías, conforme los estándares internacionales citados precedentemente, resultan de imposible ejercicio cuando el plazo de impugnación de la decisión gubernamental resulta irrazonablemente breve, y en especial, cuando las decisiones acerca de la deportación o expulsión de migrantes, y su validez, se resuelven en el marco de procedimientos sumarios.

Conforme los estándares reseñados anteriormente, son susceptibles de reproche las expulsiones resueltas en el marco de procesos judiciales o procedimientos administrativos breves, pues ello impide que los migrantes puedan tener acceso a un recurso efectivo para determinar su derecho a permanecer o no en el país.

Por ello, entiendo que **el plazo de 3 días hábiles para presentar el recurso jerárquico, y posteriormente, la impugnación judicial, priva a los migrantes del derecho a ser oídos, pues resulta en extremo difícil que, en tan breve plazo, cuenten con un tiempo razonable y los medios adecuados para defenderse adecuadamente.** Ello tiene a su vez como corolario un plazo de ejecución de la decisión gubernamental irrazonablemente exiguo, que contraviene las garantías del debido proceso enunciadas en la CADH (plenamente aplicables a los procesos tendientes a establecer la situación migratoria de una persona).

A mayor abundamiento, debo señalar que las conclusiones vertidas tanto por la CIDH y la Corte IDH en los precedentes citados anteriormente, han sido recogidas de modo general en el informe “Derechos humanos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazados internos: Normas y estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, (aprobado por la CIDH el 31 de diciembre de 2015), donde la Comisión presenta los estándares jurídicos desarrollados por los órganos del Sistema Interamericano, con relación al alcance y contenido de los Derechos Humanos de las personas en el contexto de la migración, de conformidad con las obligaciones derivadas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como en otros instrumentos interamericanos e internacionales relevantes (Cfr. parr. 13).

En lo que atañe a la cuestión bajo examen, la CIDH ha señalado que, a los fines de asegurar el derecho a ser oído sin demora, a contar con un tiempo razonable y los medios adecuados para la preparación de su defensa (CADH, Art. 8.2.c), esta obligación implica la necesidad de asegurar que los migrantes puedan preparar su defensa, formular alegatos y promover las pruebas pertinentes, garantías que resulta imposible ejercer cuando el plazo de ejecución de la decisión gubernamental resulta irrazonablemente breve (Cfr. parr. 310-311 del citado informe).

En cuanto a ello, cabe destacar que la CSJN ha manifestado que resultan obligatorias para el Estado Nacional las recomendaciones formuladas por los Organismos Internacionales de Derechos Humanos con competencia para la interpretación y aplicación de los correspondientes instrumentos (CSJN, in re “Carranza Latrubesse, Gustavo c. Estado Nacional - Ministerio de Relaciones Exteriores - Provincia del Chubut, 06/08/2013).

Por ello, entiendo que las recomendaciones efectuadas por la CIDH, en cuanto a la necesidad de asegurar al migrante un tiempo razonable y los medios adecuados para la preparación de su defensa, constituye un estándar general que debe observar la legislación dictada por el Estado Nacional, y un criterio de especial ponderación a los fines del control de convencionalidad sobre la mismas; que en lo que respecta al exiguo plazo de interposición del recurso administrativo y judicial, no se ve superado, por las razones expresadas precedentemente.

A la misma conclusión se arriba a partir del desarrollo jurisprudencial de nuestro Máximo Tribunal.

Así, la CSJN ha sostenido que el artículo 8 inc. 1 de la CADH consagra el derecho a ser oído con las debidas garantías y que el carácter administrativo del



Ministerio Público de la Nación

procedimiento no puede erigirse como óbice para la aplicación de principios como el derecho a ser oído, el de ejercer tal derecho con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, considerando asimismo el principio de tutela judicial efectiva contra cualquier acto que viole derechos fundamentales reconocidos por la Constitución Nacional, la ley o la Convención Americana de Derechos Humanos, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales, pues en el Estado de Derecho toda actuación u omisión de los órganos estatales debe respetar el debido proceso legal (Fallos 335:1126).

Asimismo, el tribunal cimero se ha expresado en numerosos precedentes acerca de la violación al debido proceso que implica el otorgamiento de un “plazo exiguo” para defenderse a un particular, en asuntos de diversa índole (cfr., entre otros, CJSN, “Alarcón Vargas Froilan c/Anses y otros”, A.1415.XL ROR, del 11/12/2007; “Estado Nacional (Estado Mayor General del Ejército) c/Tucumán, Provincia de y otro s/desalojo”, Fallos: 323:851; “Jueces Nacionales en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal s/avocación”, Fallos: 319:1160; “Inc. de oficialización de candidatos de la UCeDe. (intervención) elección 30/06/96. – Bouquet, Jorge L. s/su sol. de avocación en autos: “Inc. de ...”, I. 62. XXXII. B 314. XXXII., del 27/06/1996; “Del Val, Ricardo J. s/H. Cám. de Dip. Pcia. de Sta. Cruz Sala Juzgadora Juicio Polit...”, Fallos: 314:1723; “Ferrer Deheza, Miguel Angel”, Fallos: 295:726).

Por último, la Procuración General de la Nación ha dictaminado que en procedimientos como el de autos, el juez “...debe verificar con especial cuidado si la autoridad migratoria ha dado estricto cumplimiento a las garantías mínimas que requiere un procedimiento de esta índole, antes de limitar el alcance de la revisión judicial” (cfr. causa CAF 38158/2013/2/RH1 Peralta Valiente, Mario Raúl c/EN-M Interior – DNM s/Recurso Directo DNM, dictamen del 26 de abril de 2016, ap. V, p. 6-7), destacándose allí en particular la necesidad para el resguardo de dicha garantía la provisión por parte del Estado de asistencia jurídica gratuita (cfr., en el mismo sentido, “Torres Miraval, Rolando Francisco c/EN – M° Interior – Disp 926/11 (expte. 2399594/07) s/recurso directo para juzgados” del 27 de junio de 2016); “Mabuza Moses c/EN-DNM – Disp 578/12 (Expte 149957/10) s/Recurso Directo DNM”, del 6 de septiembre de 2016 y “Flores Burga Raúl Eduardo c/EN – M° Interior – Disp 926/11 (expte. 2399594/07) s/recurso directo para juzgados”, del 3 de octubre de 2016).

X.-En lo que respecta al derecho a la asistencia letrada de los migrantes, la parte actora señala que el decreto N° 70/17 modificó las condiciones establecidas en la Ley de Migraciones y su decreto reglamentario para acceder a dicho patrocinio, toda vez que establece que la DNM notificará al defensor público a los fines de su intervención en los procedimientos administrativos y judiciales que puedan conducir a la expulsión del migrante, con la “solicitud ante la autoridad administrativa” por parte del migrante (art. 86). Asimismo, el reglamento prevé que cuando el migrante no haya requerido la asistencia letrada, o no acredite fehacientemente la carencia de medios económicos, “se continuará con las actuaciones administrativas sin más trámite”.

La reforma efectuada difiere de los términos del decreto 616/10, reglamentario del art. 86 de la Ley de Migraciones en su redacción original, en tanto prescribe la inmediata intervención del Ministerio Público de la Defensa ante el mero planteo del extranjero, y la suspensión de los plazos en curso del procedimiento administrativo, hasta que el defensor público asuma la intervención allí prevista, o el interesado reciba la asistencia jurídica necesaria para la salvaguarda de sus intereses.

Sobre este punto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha enfatizado que debe garantizarse al migrante inmerso en un proceso migratorio, la posibilidad

de ser representado por abogados de su elección, o bien por personas idóneas en la materia. Asimismo, ha señalado que todos los interesados deben tener a su disposición alguna forma de asesoría especializada sobre los derechos que asisten al migrante (CIDH, Segundo informe de progreso de la relatoría sobre trabajadores migratorios y miembros de sus familias, párr. 99.D).

Por su parte, la Corte IDH ha señalado que el derecho a la protección judicial se vulnera por la negativa a la prestación de un servicio público gratuito de defensa legal a favor de los migrantes, lo cual impide que éstos hagan valer sus derechos en juicio (Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03, 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 126.) A lo expuesto cabe añadir que la asistencia letrada se asienta también en el derecho a la información, en el marco de las garantías del debido proceso legal. En efecto, un extranjero puede encontrarse en una situación de considerable desventaja en el contexto de un procedimiento o proceso que pueda redundar en su detención y expulsión del territorio, en virtud de la incapacidad de hablar el idioma nacional, el desconocimiento de su sistema jurídico, o la incapacidad de recopilar pruebas de su país de origen. Las desventajas de este tipo podrían a su vez disminuir la eficacia de los derechos de debido proceso del extranjero para, por ejemplo, comprender los cargos de los que se le acusa, y preparar adecuadamente su defensa (Cfr. mutatis mutandi CIDH, Informe No. 52/02, Caso 11.753, Ramón Martínez Villarreal (Estados Unidos), 10 de octubre de 2002, párr. 64; y Corte IDH, “El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal”, Opinión Consultiva OC-16/99 del 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16, párr. 5.).

Por las aludidas desventajas, las condiciones y mecanismos que determine la legislación y reglamentación para acceder a la asistencia letrada para migrantes sujetos a procedimientos de expulsión, adquieren singular relevancia a los fines de tornar operativas las garantías del debido proceso legal. En este sentido, cabe reiterar lo dicho por la Corte Interamericana, en la Opinión Consultiva sobre la Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados (anteriormente citada), sobre la relación entre el derecho a la igualdad y el debido proceso de los migrantes en situación irregular. En especial, lo manifestado en punto a la necesidad de adoptar medidas que contribuyan a compensar las condiciones de desigualdad real en que se encuentran los migrantes sometidos a procedimientos de expulsión, para asegurar el efectivo acceso a la justicia y el debido proceso adjetivo, y así reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la posibilidad de una defensa eficaz de sus derechos (Cfr. Corte IDH. Opinión Consultiva OC-18/03, 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 121).

En tales condiciones, entiendo que la modificación introducida por el decreto 70/17 sobre el art. 86 de la Ley de Migraciones, constituye una reglamentación irrazonable del debido proceso legal, específicamente, del derecho de los migrantes de acceder y contar con una adecuada asistencia jurídica en los procedimientos y/o procesos que puedan conducir a su expulsión del territorio nacional. Ello se exhibe en la manifiesta ausencia de proporcionalidad y adecuación entre los fines postulados por la garantía reglamentada, y los medios que planifica la norma para lograrlos (Cfr. doctrina de Fallos 247:121, 307:906, 311:1176, consid. 3º).

En efecto, de los términos de la reglamentación impugnada se desprende que, para que el migrante pueda acceder a la asistencia jurídica del defensor público, debe solicitar expresamente su intervención ante la autoridad migratoria, o de lo contrario, las actuaciones proseguirán su curso sin más trámite. Luego, es condición para la operatividad y eficacia de esta garantía, que el migrante conozca el derecho que le acuerda la legislación, para entonces solicitar expresamente la intervención del Ministerio Público de la Defensa, así como las consecuencias procesales que acarrea la omisión de tal requerimiento.



Ministerio Público de la Nación

En estos términos, el mecanismo adoptado por el decreto 70/17 no se consustancia con el fundamento del derecho a la asistencia letrada gratuita del migrante, que es precisamente corregir las desventajas y condiciones de desigualdad real en que se encuentran (conforme fue señalado por los órganos del SIDH), producto del desconocimiento del sistema jurídico y/o del idioma nacional.

De esta manera, al supeditar el acceso a la asistencia letrada a un requerimiento expreso del migrante, y disponer de lo contrario la prosecución de las actuaciones (aunque no haya tomado intervención la defensa pública), lejos de reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que obstan a la defensa eficaz, impide a los migrantes gozar de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afronta las desventajas señaladas anteriormente.

En consecuencia, la objeción constitucional al mecanismo de acceso a la asistencia jurídica del migrante, instrumentado en el decreto 70/17, se sustenta en el principio de proporcionalidad entre las decisiones y sus consecuencias (relación medios adoptados-fin perseguido), cuando éstas afectan el ejercicio de derechos fundamentales (Cfr. Fallos: 340:914).

A ello se suma el carácter “irrenunciable” del derecho a ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, cuando la persona no nombrare un defensor dentro del plazo establecido por la ley (Cfr. Art. 8.2.e CADH), lo cual colisiona abiertamente con la solución brindada por el tercer párrafo del artículo 86 de la Ley N° 25.871 (sustituido por el art. 24 del decreto 70/17), que prevé la continuación del procedimiento “sin más trámite”, si el migrante no requiere expresamente la asistencia letrada.

Por ello, la supresión y sustitución del mecanismo previsto en el texto original de la Ley de Migraciones y su reglamentación, que preveían la notificación de oficio al Ministerio Público de la Defensa, y la suspensión de los plazos en las actuaciones administrativas, hasta que el referido Ministerio tomara intervención, no superan el control de convencionalidad, a la luz de los estándares reseñados en los párrafos precedentes (CSJN, “Mazzeo, Julio L. y otros”, 13/07/2007; “Giroldi, Horacio D. y otro.”, 07/04/1995, Fallos: 330: 3248 y 318: 514, respectivamente).

XI.- Lo antes expuesto constituye el criterio jurídico que mejor se compadece con las “Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad” aprobadas por la Asamblea Plenaria de la XIV Edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana, a las cuales la Corte Suprema de Justicia adhirió, y deben ser seguidas como guía en los asuntos a que se refieren (cfr. pto. 1 de la Acordada 5/09, 24/2/09). Sobre el particular, con arreglo al mentado documento internacional, se consideran en condición de vulnerabilidad “aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico”. Asimismo, dentro de las causas de vulnerabilidad se encuentra, entre otras y en lo que interesa al caso, la migración y desplazamiento.

En otro orden de cosas, no puede perderse de vista que el Comité contra la Tortura, en las Observaciones Finales de mayo de 2017 sobre el quinto y sexto informe conjunto periódico de Argentina, adujo que “...le preocupa la reciente sanción del Decreto de Necesidad y Urgencia N°. 70/2017, que deroga parte de las garantías de la Ley 25.871 de Migraciones e introduce un procedimiento de expulsión de migrantes sumarísimo que reduce drásticamente los plazos para recurrir la expulsión. Pese a la posición de la delegación estatal de que dicho Decreto respeta las garantías del debido proceso, el Comité observa que el

Decreto exige a la persona sujeta a expulsión que acredite de forma fehaciente la falta de medios económicos al solicitar la asistencia jurídica gratuita, dificultando por ello su acceso”. En virtud de ello, recomendó al Estado Nacional – en el ámbito de sus competencias – “Derogar o enmendar las disposiciones del Decreto de Necesidad y Urgencia No. 70/2017 con el fin de que las personas sujetas a expulsión puedan disponer del tiempo suficiente para recurrir la misma a nivel administrativo y judicial y accedan a asistencia jurídica gratuita inmediata durante el proceso de expulsión en todas las instancias”.

XII.- Por todas las razones arriba expuestas, opino que V.S. debería hacer lugar parcialmente a la acción de amparo, declarando la inconstitucionalidad de los arts. 14, 16 y 24 del decreto 70/17, modificatorios de los arts. 69 quinquies, 69 septies – primer párrafo- y 86 – segundo y tercer párrafo-de la ley 25.871.-

Dejo así contestada la vista conferida y solicito a V.S. tenga a bien notificarme de la sentencia a dictarse.-

FISCALIA FEDERAL, 19 septiembre de 2017.

MIGUEL A. GILLIGAN
FISCAL FEDERAL