

PRESENTA AMPARO COLECTIVO CONTRA DECRETO DE NECESIDAD Y URGENCIA (DNU) 70/2017. SOLICITA MEDIDA CAUTELAR URGENTE. SOLICITA MEDIDA CAUTELAR INTERINA

Señor Juez:

El **Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS)**, representado en este acto por Gastón Chillier, en calidad Director Ejecutivo de la mencionada institución, la **Comisión Argentina para los Refugiados y Migrantes (CAREF)**, representada en este acto por Carmen Elizabeth Michel en calidad de vicepresidenta de la institución, y el **Colectivo por la Diversidad (COPADI)**, representado en este acto por Soledad Pujó, en calidad de presidente de la mencionada institución, con el patrocinio de los abogados Paula Litvachky, (Tomo 63, Folio 668 CPACF), Damian Loreti, (T. 31 y F. 821 CPACF), Diego Morales, (T. 69 F. 721 CPACF), Lucía Galoppo (T°127 F°891 CPACF), Federico Efron (T°100 F°831 CPACF) Augusto Martinelli, (T. 121 y F. 13 CPACF) constituyendo domicilio legal en la calle Piedras 547 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, correspondiente a la zona de notificación 0052, y domicilio electrónico en 20160622947, 20298664098 y 20228877671 a V.S. nos presentamos y respetuosamente decimos:

I.- OBJETO E INDICE DE LA ACCIÓN COLECTIVA

Interponemos formal acción de amparo colectivo en defensa de los derechos humanos y derechos individuales homogéneos de todas aquellas personas migrantes que se encuentren sometidas a trámites administrativos de expulsión (Conf. art. 43 Constitución Nacional; arts. 8 y 25 Convención Americana sobre Derechos Humanos; arts. 2.3 y 17.1 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), de acuerdo a los términos de la integración del colectivo afectado identificado en esta acción, contra el Poder Ejecutivo Nacional (en adelante PEN) con domicilio que se denuncia en la calle Balcarce 50 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

A tales efectos, solicitamos la declaración de nulidad absoluta e insanable del Decreto de Necesidad y Urgencia Nro. 70/17 (en adelante DNU), publicado en el B.O. el día 30 de enero de 2017 por lesionar: (1.) el conjunto de garantías mínimas del debido proceso legal (Conf. art. 8 de la CADH, art. 18 de la CN); (2.) el derecho a la protección judicial efectiva y al acceso a la justicia (Conf. art. 8 y 25 de la CADH); (3.) así como el derecho a la igual protección de la ley y a la no discriminación (Conf. art. 16 y 75 inc. 23 de la CN, y art. 24 de la CADH) y (4) el derecho a la libertad ambulatoria (art. 7 de la CADH).

Concretamente, el DNU impugnado crea un nuevo **mecanismo para la expulsión** de personas migrantes del territorio argentino sustancialmente distinto al diseñado por el legislador en la Ley de Migraciones Nro. 25.871. Entre las modificaciones que realiza, 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; (3.) amplia los supuestos para el dictado de detenciones preventivas en el marco de un procedimiento administrativo.

Además, la norma administrativa impugnada introduce **modificaciones al 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 (detención) por razones migratorias.

Por otro lado, desde una **perspectiva formal**, el DNU no cumple con los requisitos esenciales para su dictado, razón por la que debe ser considerado nulo, de nulidad absoluta e insanable 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 para tal fin (Conf. art. 30 CADH).

Además de los vicios señalados, el DNU 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; y arts. 3 y 26, PIDCyP).

Por ello, la acción de amparo colectivo interpuesta pretende:

Se suspendan, **de manera interina**, los efectos que emanan de la nueva redacción de los **arts. 69 a 69 undecies (inclusive) y art. 70**, hasta tanto el PEN evacúe el informe correspondiente (Conf. arts. 4 inc. 1 ap. 3 Ley 26.854).

Se suspendan, **de manera cautelar**, los efectos de la nueva redacción de los **arts. 54; 62 bis; 69 a 69 undecies (inclusive); 70; 74 bis, 86 y 90**, hasta tanto recaiga sentencia sobre el fondo de la cuestión (Conf. art. 3 Ley 26.854).

Para el caso de que V.S. lo considere oportuno, cautelarmente se suspenda por completo los efectos que emanan del DNU 70/17.

Como **pretensión de fondo** se declare la **nulidad, ilegalidad e inconstitucionalidad del DNU 70/2017** en tanto resulta ser una decisión del Poder Ejecutivo Nacional contraria a los derechos reconocidos a nivel constitucional e internacional a favor de todas las personas migrantes que se encuentran bajo la jurisdicción del Estado (art. 16, 20 y

75 inc 23 de la CN, art. 1.1, 2, 8, 25, 17, 24 y 7 de la CADH). A la vez, el decreto aquí impugnado viola la distribución de competencias entre órganos del Estado establecida en la Constitución, dado que significa la reforma de una ley del Congreso de la Nación. Consecuentemente, esto implica también la violación del derecho de toda la sociedad de una deliberación democrática en los ámbitos pertinentes (art. 75, incisos 18, 99.3, entre otros de la CN).

La incompatibilidad de DNU 70/2017 con las normas fijadas en diversos acuerdos internacionales, y en particular en los tratados internacionales sobre derechos humanos, pueden dar lugar a 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 derechos humanos, o por la falta de cumplimiento del acuerdo de solución amistosa ocurrido en el marco del caso De la Torre, en trámite ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Por ello, esta situación exige que V.S. desarrolle, en el caso, un proceso de ponderación de las reglas constitucionales y convencionales que se encuentran en juego como consecuencia de la decisión del Poder Ejecutivo Nacional de reformar la ley de migraciones a través de un Decreto de Necesidad y Urgencia.

I.1. INDICE DE LA PRESENTE ACCIÓN:

Para una mayor comprensión de los distintos capítulos que integran esta acción en lo que sigue presentamos un índice de la acción de amparo colectivo presentada.

I.- OBJETO E INDICE DE LA PRESENTE ACCION

II.- PERSONERIA

III.- COMPETENCIA

IV.- HECHOS. MODIFICACIONES QUE INTRODUJO EL DNU EN MATERIA MIGRATORIA:

IV. 1. Los fundamentos para el dictado del DNU 70/2017 y las medidas adoptadas

IV. 2. Problemas del Procedimiento Especial Sumarísimo introducido por el DNU (art. 69)

IV. 2. 1. El DNU amplía los casos y supuestos alcanzados por este procedimiento de expulsión del territorio

IV. 2.2. La introducción de un régimen recursivo administrativo de carácter ilusorio e inefectivo frente a decisiones de expulsión por fuera del sistema recursivo creado por la ley 25.871

IV. 2.3. Un régimen de impugnación judicial de las decisiones de expulsión del territorio, de carácter ilusorio e inefectivo. ¿Y el acceso a la justicia?

IV. 2.4. La habilitación de detenciones preventivas por razones migratorias en el marco del proceso sumarísimo migratorio.

IV. 3. Las modificaciones del DNU 70/2017 al procedimiento administrativo migratorio definido por la ley 25.871

IV. 3.1. El sistema de notificaciones en el trámite migratorio que introdujo el decreto 70/2017 y sus efectos en las garantías mínimas de debido proceso legal y acceso a la justicia en condiciones de igualdad

IV. 3.2. Las condiciones para acceder a la asistencia jurídica gratuita. Las modificaciones introducidas por el DNU 70/2017. Obstáculos para asegurarla

IV. 3.3. El establecimiento de una nueva causal de terminación "anormal" del proceso administrativo o judicial de revisión de la actuación de la autoridad migratoria. El desistimiento por estar en el exterior

IV. 3.4. La derogación del recurso de revisión de las decisiones de la autoridad migratoria

IV. 3.5. La modificación de plazos de vigencia para la retención por razones migratorias. El uso de herramientas recursivas por parte de personas migrantes como argumento para el sostener la retención por razones migratorias

IV. 3.6. 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

V.- LEGITIMACIÓN - ADECUADA REPRESENTACIÓN

VI.- INTEGRACIÓN DEL COLECTIVO AFECTADO

VII.- NULIDAD E INCONSTITUCIONALIDAD DEL DECRETO DE NECESIDAD Y URGENCIA 70/2017. INCUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS PARA SU DICTADO:

VII.1.- LA EXCEPCIONALIDAD DE LOS DECRETOS DE NECESIDAD Y URGENCIA:

VII.1.a.- El DNU 70/17 no cumple con la exigencia de circunstancias excepcionales ni razones de necesidad y urgencia

VII.1.b.- El DNU 70/17: La afectación de la legitimidad democrática y el rechazo al debate abierto

VII.2.- LOS DECRETOS DE NECESIDAD Y URGENCIA TIENEN EXPRESAMENTE PROHIBIDO LEGISLAR EN MATERIA PENAL. EL DNU 70/2017 AVANZA SOBRE ESA MATERIA VEDADA POR EL 99 INC. 3 DE LA CN

VII.2.a Interpretación restrictiva de las facultades legislativas del presidente e interpretación amplia del alcance de la prohibición

VII.2.b Materia prohibida: violación al principio de legalidad. Creación de nuevos supuestos que habilitan la expulsión de personas migrantes y establecimiento de nuevos supuestos, requisitos y condiciones para la privación de libertad de las personas migrantes (retención)

VII.2.c La política migratoria como herramienta de política criminal

VII.2.d Base de datos migratoria: artículo 51 del Código Penal y ley 22.117

VII.3. EI DNU 70/20 LEGISLA EN MATERIA TRIBUTARIA VEDADA POR EL ART. 99 INC 3 DE LA CN

VII.4 CONCLUSION. LA NULIDAD ABSOLUTA E INSANABLE DEL DNU 70/2017

VIII.- ILEGALIDAD, ILEGITIMIDAD E INCONSTITUCIONALIDAD DEL DECRETO 70/2017 POR LA VULNERACIÓN DE LAS GARANTÍAS MÍNIMAS DE DEBIDO PROCESO, EL DERECHO AL ACCESO A LA JUSTICIA Y TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

IX.- VIOLACION DEL DERECHO A LA IGUAL PROTECCIÓN DE LA LEY Y A LA NO DISCRIMINACIÓN

X.- VIOLACIÓN DEL DERECHO A LA LIBERTAD AMBULATORIA

XI.- VIOLACION DEL DERECHO A LA REUNIFICACION FAMILIAR Y LA UNIDAD FAMILIAR

XII.- CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD - PRINCIPIO DE LEGALIDAD FORMAL - INCUMPLIMIENTO DE ACUERDO DE SOLUCION AMISTOSA:

XII.a.-EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LOS DECRETOS DE NECESIDAD Y URGENCIA:

XII.a.1.-La exigencia de ley formal para la restricción de derechos fundamentales

XII.a.2.- Incumplimiento del acuerdo de solución amistosa ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos:

XIII.- REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE AMPARO:

- XIII. a.- acto u omisión ilegal y manifiesta
- XIII. b.- contemporaneidad en el accionar
- XIII. c.- calidad y entidad del accionar vulnerante: lesión actual o inminente
- XIII. d.- remedio judicial mas idóneo

XIV.- REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD DE LA ACCION COLECTIVA EN DEFENSA DE DERECHOS INDIVIDUALES HOMOGENEOS. REMEDIO JUDICIAL SOLICITADO:

- XIV. a.- causa fáctica homogénea (conf. art. ii.2.a Ac. 12/2016 CSJN)
- XIV. b.- pretensión enfocada en los aspectos comunes del conflicto (conf. art. ii.2.b Ac. 12/2016 CSJN)
- XIV. c.- improcedencia del reclamo individual - fuerte interés estatal en la protección del derecho en pugna y grupo lesionado (conf. art. ii.2.c Ac. 12/2016 CSJN)
- XIV. d.- consulta al registro público de procesos colectivos
- XIV. e.- remedio judicial solicitado

XV.- SOLICITA SUSPENSION INTERINA Y MEDIDA CAUTELAR:

- XV.i- solicita medida interina (Conf. art. 4 inc. 1 ap. 3 Ley 26.854)
- XV.ii- solicita medida cautelar (Conf. art. 3 Ley 26.854)
- XV.iii -verosimilitud en el derecho
- XV.iv - peligro en la demora
- XV.v - exención de contracautela
- XV.vi - no afectación grave al interés publico
- XV.vii - el dictado de la manda cautelar no ocasionara efectos jurídicos o materiales irreversibles
- XV.viii - inconstitucionalidad del art. 3 inc. 4 ley 26.854

XVI.- BENEFICIO DE LITIGAR SIN GASTOS

XVII.- SOLICITA SE INFORME AL REGISTRO PÚBLICO DE PROCESOS COLECTIVOS

XVIII.- PRUEBA:

- i.- DOCUMENTAL

XIX.- EN SUBSIDIO SOLICITA RECONDUCCION PROCESAL

XX.- PLANTEA RESERVA DE CASO FEDERAL

XXI- AUTORIZACIONES

XXII.- PETITORIO:

II.- PERSONERIA:

Acreditamos personería con copia simple del estatuto del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) y poder general a favor de Gastón Chillier (Ver documental nro 1).

La Comisión Argentina para los Refugiados y Migrantes (CAREF) acredita personería con copia simple de su estatuto y acta de asamblea general que contiene designación de Carmen Elizabeth Michel, como autoridad, (ver documental, Nro. 2).

El Colectivo por la Diversidad (COPADI) acredita personería con copia simple del estatuto y el acta de designación de su presidente, Soledad Puyó, (ver documental, nro. 3).

III.- COMPETENCIA:

Son competentes en razón de la materia y el territorio, los Juzgados en lo Contencioso Administrativo Federal; ello por cuanto la norma atacada descansa bajo la órbita del Poder Ejecutivo Nacional y producirá efectos en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, jurisdicción donde se asienta el domicilio del CELS.

IV.- HECHOS. MODIFICACIONES QUE INTRODUJO EL DNU EN MATERIA MIGRATORIA:

El día 30 de enero de 2017 se publicó en el Boletín Oficial de la República Argentina el decreto de Necesidad y Urgencia nro. 70/2017 que modifica de manera sustancial la ley de migraciones nro. 25.871 y la ley de nacionalidad 346.

El referido DNU introduce cambios de la ley de migraciones 25.871 en cuestiones vinculadas con restricciones o "impedimentos" que tienen personas extranjeras para ingresar y/o permanecer en la Argentina: los amplía de manera considerable, modifica las condiciones para la cancelación de residencias ya otorgadas por el Estado argentino (las que podrán decidirse en un número mayor de supuestos), y **trastoca de manera particular** –y sobre este aspecto enfocaremos principalmente esta acción- **el conjunto de garantías del debido proceso legal y protección judicial efectiva para personas sometidas a trámites de expulsión y detención previstas en la ley de migraciones.**

A lo largo de este apartado sobre hechos, señalaremos, en primer lugar, los **argumentos que brindó el Poder Ejecutivo Nacional** para justificar el dictado del DNU 70/2017 y los cambios que introdujo a la ley de migraciones 25.871.

En segundo lugar, haremos referencia específica al **Procedimiento Especial Sumarísimo Migratorio** creado por el DNU 70/2017 que introdujo un nuevo mecanismo para la expulsión del territorio y la retención por razones migratorias que se le aplicará a la mayoría de los casos sometidos a trámite de expulsión.

Este Procedimiento sumarísimo –veremos- modificó el régimen de recursos administrativos diseñado en la ley 25.871, convirtiéndolo en un sistema de revisión de carácter **ilusorio**. También limitó de manera irrazonable las vías de impugnación judicial de las decisiones de expulsión del territorio, trasladó la desigualdad de armas del procedimiento administrativo al trámite judicial que crea, y redujo el rol del Ministerio Público Fiscal y de los jueces en la revisión de la actuación administrativa. El Procedimiento especial sumarísimo migratorio también incluyó mecanismos específicos para la retención preventiva por razones migratorias.

En tercer lugar, analizaremos las modificaciones generales que introdujo el DNU 70/2017 en cuestiones vinculadas al **procedimiento administrativo migratorio** diseñado por la ley 25.871, lo que impactará en todos los trámites migratorios y en particular en aquellos que decidan una expulsión del territorio, alcanzados o no por el Procedimiento Especial Sumarísimo Migratorio.

A modo de resumen, el decreto introdujo cambios en el sistema de notificaciones dentro del trámite migratorio, con efecto directo sobre las garantías mínimas de debido proceso y acceso a la justicia en condiciones de igualdad. También redujo las posibilidades reales para acceder a la asistencia jurídica gratuita, cuestión que impactará de manera significativa en el ejercicio del derecho de defensa ante órdenes de expulsión. A la vez, definió una nueva causal de terminación de los procedimientos administrativos o judiciales para aquellos casos en los que la persona migrante que haya iniciado el proceso se encuentre en el exterior por más de 60 días hábiles. También eliminó de la ley un recurso administrativo para la revisión de las decisiones de las autoridades públicas. El decreto 70/2017 amplió de manera irrazonable los plazos de la retención por razones administrativas, y dispuso que el uso de las herramientas recursivas por parte de las personas migrantes justifique la ampliación de los plazos de retención. Además, el DNU limita los remedios posibles que pueda resolver un juez, en casos de reunificación familiar.

En todo caso V.S. debe tener en cuenta que lo que se discute en este caso son las condiciones a las que debe ceñirse el Estado, y sobre todo el poder ejecutivo nacional, a la hora de llevar adelante una expulsión del territorio argentino de una persona extranjera. La expulsión implica la demostración de uno de los mayores poderes de coerción que tiene el

Estado, por esa razón, resulta relevante tomar muy en cuenta las reglas sobre cómo el ejercicio de ese poder se pone en marcha. Las medidas de expulsión tienen un impacto, además, sobre el programa de vida que trazó una persona y sobre sus relaciones familiares, sociales y de arraigo que construyó y cimentó en el territorio argentino.

Por todo esto, y en detalle por los hechos que siguen a continuación, es que venimos a plantear esta acción judicial de amparo colectivo, a favor de todas aquellas personas migrantes sometidas a trámites administrativos de expulsión a los que se les afectan, en sus aspectos comunes y como consecuencia de la aplicación general de las disposiciones del decreto 70/2017, las garantías mínimas de debido proceso legal, acceso a la justicia y tutela judicial efectiva, y el derecho a la igual protección de la ley y a la no discriminación.

IV. 1. Los fundamentos para el dictado del DNU 70/2017 y las medidas adoptadas

De acuerdo a las consideraciones del Poder Ejecutivo Nacional, el DNU que modifica la ley de migraciones 25.871 está justificado sobre la base de tres argumentos.

El primero tiene que ver con la reafirmación de su potestad “soberana de decidir los criterios de admisión y expulsión de los no nacionales” que se ve seriamente dificultado por la “duración de los procesos administrativos y judiciales en materia migratoria, los que atentan contra el debido proceso legal y pueden acarrear al Estado Nacional responsabilidad internacional”, de conformidad con las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Agrega que las normas vigentes conducen al desarrollo de “procedimientos administrativos y actuaciones judiciales de muy prolongada extensión, los que conforme a los plazos legalmente previstos pueden insumir alrededor de cuatrocientos (400) días hábiles”. Y concluye entonces que esa circunstancia dificulta a la autoridad migratoria “el cumplimiento de su misión de garantizar el cumplimiento de la ley, lo que **en última instancia repercute en la seguridad pública**” (el destacado nos pertenece).

A este argumento de gestión, le sigue otro argumento de similares características, referido a las severas dificultades del Estado “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 años de tramitación”. De allí la baja proporción “entre la cantidad de expulsiones dispuestas por la autoridad migratoria competente, fundadas en la existencia de antecedentes penales, y las efectivamente concretadas”.

También el Poder Ejecutivo Nacional ofreció algunos datos estadísticos para justificar la necesidad y urgencia del DNU que reformó la ley de migraciones 25.871. Dijo que “la población de personas de nacionalidad extranjera bajo custodia del Servicio Penitenciario

Federal se ha incrementado en los últimos años hasta alcanzar en 2016 el veintiuno como treinta y cinco por ciento (21,35%) de la población carcelaria total". Y con "relación a los delitos vinculados a la narcocriminalidad, se observa que el treinta y tres por ciento de las personas bajo custodia del Servicio Penitenciario Federal son extranjeros". Por eso, explicó que la población extranjera detenida en dependencias federales por infracción a la Ley N° 23.737 "está altamente representada entre los detenidos, teniendo en cuenta que, conforme el último censo nacional, la participación de la población extranjera como porcentaje de la población total es del cuatro como cinco por ciento (4,5%)".

En este sentido, de acuerdo con las consideraciones del Poder Ejecutivo Nacional, "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". Y agrega que "la naturaleza excepcional de la situación planteada hace imposible seguir los trámites ordinarios previstos en la Constitución Nacional para la sanción de las leyes".

Sobre la base de estos tres argumentos, el Estado sostiene que está configurada una situación crítica que amerita la adopción de medidas urgentes, a través del dictado del decreto de necesidad y urgencia N° 70/2017.

Una de esas medidas centrales –y sobre la que se va enfocar esta acción judicial, como dijimos- implicó la modificación de los procedimientos (administrativo y judicial) de expulsión previstos en la ley 25.871 que, de acuerdo a las consideraciones del DNU, en los regímenes vigentes del derecho comparado se sustancian por regla general de manera expedita, "pues la cuestión a resolver en ellos queda circunscripta a determinar si a un extranjero le asiste o no el derecho de permanecer en el territorio del Estado respectivo." Según el Poder Ejecutivo, con el DNU "se busca imprimir mayor celeridad al procedimiento de actuación administrativa en el orden migratorio y **resguardando debidamente la seguridad pública y los derechos de los migrantes**" (el destacado nos pertenece).

En esta acción judicial plantearemos por qué estas razones utilizadas por el PEN para el dictado del DNU no conciben con datos de la realidad, se apoyan en referencias genéricas sobre su percepción acerca de la situación de las personas migrantes en Argentina y no acreditan supuestos de urgencia y necesidad que lo habiliten a hacer uso de esa herramienta tan excepcional y acotada para la modificación de una ley federal, por fuera – adelantamos- de las condiciones y procedimientos constitucionales establecidos para ello -lo que de por sí implica la nulidad, ilegalidad e inconstitucionalidad del decreto en cuestión.

Mediante el DNU, sobre la base de justificaciones falsas y genéricas, se altera el conjunto de garantías mínimas necesarias de debido proceso administrativo y acceso a la justicia que se aplicarán en la mayoría de los supuestos de expulsión y retención de migrantes, en contradicción con el derecho de todas las personas que se encuentran bajo la

jurisdicción del Estado a la igual protección de la ley y a la no discriminación. El DNU creó un procedimiento especial sumarísimo migratorio, con un sistema ilusorio e inefectivo de control administrativo y judicial de las órdenes de expulsión dictadas por la autoridad migratoria. Este procedimiento especial sumarísimo es acompañado en el DNU con la modificación de cuestiones vinculadas al procedimiento administrativo migratorio diseñado por la ley 25.871, lo que impactará en todos los trámites migratorios y en particular en aquellos que decidan una expulsión del territorio, alcanzados o no por el citado Procedimiento especial.

Los elementos que integran el derecho a la tutela judicial efectiva y al debido proceso legal tienen una especial relevancia –veremos- si se considera que el DNU amplió los supuestos de personas migrantes que quedan sujetas a una expulsión del territorio, en tanto restringió los criterios para la permanencia en la Argentina al aumentar los impedimentos para residir (modificaciones al art. 29) y las razones para la cancelación de aquellas residencias temporarias o permanentes ya otorgadas (modificaciones al art. 62).

En cuanto a las medidas concretas adoptadas, en los próximos apartados nos detendremos en las modificaciones de carácter procedimental que introdujo el DNU y que tienen un impacto sobre las garantías mínimas de debido proceso y el derecho a la tutela judicial efectiva y sobre el derecho a la igual protección de la ley y a la no discriminación. El texto introdujo un capítulo nuevo a la ley de migraciones, que denominó “Capítulo I bis, Procedimiento migratorio especial sumarísimo”, que se le aplicará a todas aquellas personas migrantes alcanzados por alguno de los “impedimentos” de residencia en casi todos los incisos del art. 29 de la ley 25.871, salvo en los incisos l) y m), a todas aquellas personas migrantes con residencia de cualquier tipo en Argentina, a las que se les cancele de acuerdo a los términos del art. 62 de la ley 25.871, salvo los incisos d) y e) o en los “restantes supuestos de los artículos 29 y 62 de la presente ley que impliquen **gravedad institucional**”. (El destacado nos pertenece)

Como podrá advertir V.S., este procedimiento sumarísimo alcanzará a la casi totalidad de los trámites administrativos migratorios en los que el PEN resuelve una expulsión de personas migrantes, la que por lo general implica también su retención (detención).

El DNU 70/2017, además de ampliar las categorías de impedimentos (ver, por ejemplo, el nuevo art. 29 inc. c) y los supuestos que permiten la cancelación de residencias ya otorgadas (ver la redacción del art. 62 inc b), redujo los supuestos que estarán incluidos en el concepto de “reunificación familiar” para otorgar dispensas ante decisiones de expulsión y/o retención (art. 29 in fine o 62 in fine y 70). En este contexto, es posible afirmar que más personas migrantes van a quedar alcanzadas por este procedimiento inadecuado, que afecta garantías mínimas de debido proceso y acceso a la justicia, lo que explica también por qué hemos utilizado esta herramienta procesal de litigio colectivo.

A su vez, dentro del mencionado procedimiento del Capítulo I bis (art. 69 a 69 undecies) el PEN introdujo reglas particulares para el desarrollo del procedimiento administrativo que afectan el debido proceso y el acceso a la justicia, tales como la oportunidad, plazo y condiciones para la presentación de recursos administrativos; la potestad del órgano migratorio para solicitar la retención de migrantes durante el trámite en sede administrativa y las condiciones para solicitarla dentro del proceso judicial; la habilitación de mecanismos de ejecución de decisiones administrativas; la oportunidad, plazo y condiciones para acceder a la justicia; la definición del plazo del proceso judicial de revisión de decisiones de la autoridad migratoria; los sistemas recursivos dentro del proceso judicial, entre otras incorporaciones.

Por otra parte, el DNU modifica cuestiones vinculadas al trámite administrativo migratorio general definido por la ley 25.871, lo que redundará en la afectación de las garantías mínimas del debido proceso y en el acceso a la justicia de las personas migrantes.

El DNU cambió el sistema de notificaciones de las decisiones de la autoridad migratoria (art.54), lo que tiene un impacto significativo en el computo de los plazos y en la definición de estrategias de defensa de todas aquellas personas migrantes que tienen un trámite en curso para determinar la expulsión del territorio y la retención, y en particular, para todas aquellas personas a los que se les aplicará el procedimiento migratorio especial sumarísimo, mencionado en los párrafos anteriores.

El decreto 70/2017 también estableció que los recursos planteados a nivel administrativo o judicial se declararán desiertos (art. 74 bis) por el solo hecho de que la persona migrante se encuentre en el extranjero por un plazo mayor a sesenta (60) días, lo que crea así una nueva forma "anormal" de terminación del proceso administrativo o judicial, aplicable de manera exclusiva a personas extranjeras.

El decreto que impugnamos varió las condiciones establecidas en la ley 25.871 y en el decreto 616 del 2010 para el acceso a la asistencia jurídica gratuita (art. 86) que dependerá ahora de la decisión de la autoridad migratoria si considera que está acreditado en el expediente la insuficiencia de recursos económicos para habilitarla. El decreto que impugnamos señala que si la persona migrante no acredita la falta de recursos económicos o no solicita la asistencia jurídica gratuita, se continuará con el trámite, lo que significará, en la mayoría de los casos, la expulsión del territorio nacional.

También el DNU eliminó de la oferta de recursos legales en el marco del trámite administrativo migratorio, el recurso de revisión previsto en el art. 90 de la ley 25.871 para aquellos casos en los que tanto el Ministerio del Interior o la autoridad migratoria podían revertir de oficio o a pedido de las personas migrantes sus resoluciones y de las autoridades que actúen por delegación. Este recurso estaba previsto para aquellas situaciones en las que

comprobasen “casos de error, omisión o arbitrariedad manifiesta, violaciones al debido proceso, o cuando hechos nuevos de suficiente entidad justifiquen dicha medida”.

Por otra parte, el DNU modificó el instituto de la retención o detención por razones migratorias (art. 70), al extender los supuestos y la oportunidad en la que ésta puede ser requerida por la autoridad administrativa, amplió los plazos para su mantenimiento y ató la duración del plazo de la detención al activismo recursivo (administrativo o judicial) que desplieguen las personas migrantes.

Por último, al menos desde el enfoque que hemos de plantear en esta acción judicial, el decreto 70/2017 introdujo un límite expreso para el proceso de definición de remedios judiciales ante decisiones de la autoridad migratoria, al señalar que para todos aquellos casos en los que una persona migrante que tenga un impedimento para residir o se le haya cancelado su residencia y solicite una “dispensa” por razones de reunificación familiar (art. 29 última parte, o 62 última parte), la decisión de otorgarla o no, será exclusiva de la autoridad migratoria, “no pudiendo ser otorgada judicialmente” (art. 62 bis).

En lo que sigue, desarrollaremos un análisis particular de estas modificaciones que introdujo el DNU 70/2017.

IV. 2. Problemas del Procedimiento Especial Sumarísimo introducido por el DNU (art. 69).

El **Procedimiento Especial Sumarísimo Migratorio** creado por el DNU 70/2017 introdujo un mecanismo de excepción para la expulsión del territorio y la retención por razones migratorias que se aplicará a la mayoría de los casos sometidos a trámite de expulsión. Como veremos en detalle, este procedimiento modificó el régimen de recursos administrativos diseñado en la ley 25.871, convirtiéndolo en un sistema de revisión de carácter **ilusorio**. Limitó de manera irrazonable las vías de impugnación judicial de las decisiones de expulsión del territorio, lo que implica una afectación del acceso a la justicia de las personas migrantes ante decisiones administrativas que los afecten. Trasladó la desigualdad de armas del procedimiento administrativo al trámite judicial que crea, y redujo el rol del Ministerio Público Fiscal y de los jueces en la revisión de la actuación administrativa. El Procedimiento especial sumarísimo migratorio también incluyó mecanismos específicos para la retención preventiva por razones migratorias.

IV. 2. 1. El DNU amplía los casos y supuestos alcanzados por este procedimiento de expulsión del territorio

El DNU introdujo un nuevo procedimiento especial que se le aplicará a la mayoría de los casos en los que la autoridad migratoria decide la expulsión y la retención de una persona. Esto es, a los migrantes que “se encuentren comprendidos en alguno de los impedimentos previstos en artículos 29, incisos a), b), c), d), e), f), g), h), i), j) y k) y 62, incisos a), b), c) y f), y cancelación automática de la residencia, o en los restantes supuestos de los artículos 29 y 62 de la presente ley que impliquen gravedad institucional”, esto último a criterio de la Dirección Nacional de Migraciones.

Como puede advertir V.S., los casos que están alcanzados en estos supuestos, no se reduce a aquellos supuestos que habían sido señalados –aun de manera desafortunada- en las consideraciones de la necesidad y urgencia para el dictado del decreto en cuestión, es decir, aquellas personas migrantes que tienen “antecedentes penales”.

El procedimiento sumarísimo que introdujo el DNU también alcanzará a aquellas personas sujetas a expulsión por faltas migratorias, como por ejemplo, aquellas personas que tendrían un impedimento por haber ingresado a la Argentina por “lugar no habilitado” (art. 29 inc k), o aquellas personas que no informaron a la autoridad migratoria sobre la existencia de antecedentes de “requerimientos de fuerzas de seguridad” (art. 29 inc. a).

Además, el procedimiento “sumarísimo” podrá ser aplicado a todos los supuestos previstos en el art. 29 y 62 de la ley 25.871, cuando exista una “gravedad institucional”, que no define, aclara o explica.

En otras palabras, la aplicación de este procedimiento especial o de “excepción”, en rigor, alcanza a casi todos los supuestos que podrían derivar en una expulsión del territorio nacional y detención por razones migratorias.

Conviene tener en cuenta que sobre el concepto de “impedimentos” para residir en la Argentina se estructuraron la mayoría de las decisiones de denegación de los trámites migratorios, que derivaron en una decisión administrativa de expulsión del territorio.

Con relación al instituto de la cancelación de la residencia, si bien ya estaba previsto en la ley 25.871, la reforma que introdujo el DNU al art. 62 b) y el nuevo artículo 62 c) implica que su uso puede tornarse más regular, lo que supone un aumento de expulsión por cancelación de residencias.

Además, los casos de impedimentos (art. 29 inc. l) o m) o de cancelación (art. 62 inc. d) y e) que fueron excluidos del Procedimiento especial sumarísimo migratorio podrían quedar alcanzados con una sencilla declaración de “gravedad institucional” por parte de la autoridad migratoria.

Podrá advertir V.S. que en este contexto la garantías mínimas de debido proceso y protección judicial efectiva, o más ampliamente, las herramienta de revisión de la actividad administrativa resultan ser elementos claves para la protección de derechos de las personas migrantes (en su conjunto) que se encuentran en el territorio.

En este sentido, conviene reparar que el nuevo procedimiento especial sumarísimo en los artículos 69 y siguientes, **excluyó** del régimen de recursos legales previstos en el Título VI de la ley 25.871 (artículos 74 a 90), a la mayoría de los casos en los que la autoridad migratoria resuelve respecto de una expulsión o la retención de una persona migrante.

El artículo 74 de la ley 25.871 establece de manera precisa que:

“Contra las decisiones de la Dirección Nacional de Migraciones que revistan carácter de definitivas o que impidan totalmente la tramitación del reclamo o pretensión del interesado y contra los interlocutorios de mero trámite que lesionen derechos subjetivos o un interés legítimo, procederá la revisión en sede administrativa y judicial, cuando:

- a) Se deniegue la admisión o la permanencia de un extranjero;*
- b) Se cancele la autorización de residencia permanente, temporaria o transitoria;*
- c) Se conmine a un extranjero a hacer abandono del país o se decrete su expulsión;*
- d) Se resuelva la aplicación de multas y cauciones o su ejecución”.* (El destacado nos pertenece)

Es decir, el DNU introdujo un procedimiento migratorio sumarísimo por fuera del régimen general de los recursos (administrativos y judiciales) diseñados por la propia ley, bajo el argumento de resolver trámites de expulsión de manera más expedita o rápida, cuando la ley de manera deliberada incluyó esos supuestos dentro del régimen de recursos administrativos y judiciales que diseñó, con la intención de asegurar el respeto del debido proceso y la tutela judicial efectiva de las personas migrantes frente a decisiones de la Administración que pueden afectar sus derechos.

Además, conviene tener en cuenta que los supuestos de impedimentos y cancelaciones de residencia se ampliaron de manera significativa con el DNU 70/2017. Allí se introdujeron cambios sobre quienes están impedidos de ingresar o permanecer en Argentina o a quienes se les podrá cancelar la residencia que ya había otorgado el Estado argentino.

Para graficar esta ampliación de casos que ahora estarán alcanzados por el procedimiento sumarísimo del art. 69 que introdujo el DNU, veamos algunos ejemplos.

En el **artículo 29 inc c** de la ley 25.871, se consideraba como causas impeditivas del ingreso y permanencia de extranjeros al Territorio Nacional:

c) Haber sido condenado o estar cumpliendo condena, en la Argentina o en el exterior, o tener antecedentes por tráfico de armas, de personas, de estupefacientes o por lavado de dinero o inversiones en actividades ilícitas o delito que merezca para la legislación argentina pena privativa de la libertad de tres (3) años o más:

El DNU desdobló el inc. c) y agregó que serán causas impeditivas del ingreso y permanencia de extranjeros en el territorio nacional:

c) Haber sido condenado o estar cumpliendo condena, o tener antecedentes o condena no firme en la Argentina o en el exterior, por delitos que merezcan según las leyes argentinas penas privativas de libertad:

d) Haber sido condenado o estar cumpliendo condena, o tener antecedentes o condena no firme, en la Argentina o en el exterior, respecto de delitos de tráfico de armas, de personas, de estupefacientes, de órganos o tejidos, o por lavado de dinero o inversiones en actividades ilícitas;

De esta forma, con la modificación introducida por el DNU, todo antecedente por delito que merezca pena privativa de libertad, sin distinción de si se trata de delito doloso o culposo, sea de cumplimiento efectivo o condicional y sin una pena mínima que de cuenta de su gravedad, gatillará el inicio del procedimiento sumarísimo migratorio del artículo 69 y siguientes.

Cabe señalar que esta no es la única reforma del artículo 29, que también fue objeto de modificaciones en sus literales a), f), g), i) y j), todas las cuales amplían las posibilidades de aplicación del procedimiento sumarísimo.

Por su parte, en el artículo 62 también se incorporaron cambios significativos con relación a los casos alcanzados para supuestos de cancelación de residencia, de acuerdo al texto del DNU que aquí impugnamos.

Así, por ejemplo, en el **62 inc. b)** la ley 25.871 consideraba que la "Dirección Nacional de Migraciones, sin perjuicio de las acciones judiciales que correspondieran deducir, cancelará la residencia que hubiese otorgado, con efecto suspensivo, cualquiera fuese su antigüedad, categoría o causa de la admisión y dispondrá la posterior expulsión, cuando:

b) El residente hubiese sido condenado judicialmente en la República por delito doloso que merezca pena privativa de libertad mayor de cinco (5) años o registrase una conducta reiterante en la comisión de delitos. En el primer supuesto cumplida la condena, deberá transcurrir un plazo de dos (2) años para que se dicte la resolución definitiva de cancelación de residencia, la que se fundamentará en la posible incursión por parte del extranjero en los impedimentos previstos en el artículo 29 de la presente ley. En caso de

silencio de la Administración, durante los treinta (30) días posteriores al vencimiento de dicho plazo, se considerará que la residencia queda firme;

El DNU modificó el art. 62 inc b, de la ley 25.871, al que desdobló y estableció que la *“Dirección Nacional de Migraciones podrá cancelar la residencia que hubiese otorgado, cualquiera fuese su antigüedad, categoría o causa de la admisión, y dispondrá la posterior expulsión, cuando:*

b) El residente hubiese sido condenado, en la REPÚBLICA ARGENTINA o en el exterior, aunque dicha condena no se encuentre firme, respecto de delitos de tráfico de armas, de personas, de estupefacientes, de órganos y tejidos, o por lavado de dinero o inversiones en actividades ilícitas;

c) El residente hubiese sido condenado, en la REPÚBLICA ARGENTINA o en el exterior, aunque dicha condena no se encuentre firme, respecto de delitos distintos a los enumerados en el inciso b) y que merezcan para la legislación argentina penas privativas de la libertad;

En conclusión, a partir de la entrada en vigencia del DNU los impedimentos para permanecer en la Argentina y los supuestos de cancelación de residencia se ampliaron de manera significativa, y van a estar alcanzados por el trámite migratorio sumarísimo creado en el artículo 69 de la ley.

En lo que sigue, señalamos los impactos concretos que la introducción de un nuevo procedimiento sumarísimo en la ley de migraciones 25.871 tendrá sobre las garantías mínimas de debido proceso y el derecho a la protección igual ante la ley y a la no discriminación.

IV. 2.2. La introducción de un régimen recursivo administrativo de carácter ilusorio e inefectivo frente a decisiones de expulsión por fuera del sistema recursivo creado por la ley 25.871

De acuerdo al artículo 69 quinquies, en el marco del procedimiento migratorio sumarísimo, una vez que se resolvió la expulsión de un extranjero del territorio nacional, el interesado sólo podrá interponer un recurso jerárquico dentro del plazo de tres (3) días hábiles desde su notificación. Este recurso será resuelto por el Director Nacional de Migraciones, agotando así la vía administrativa.

Como puede advertirse, en los supuestos alcanzados por el Procedimiento migratorio sumarísimo, una de las herramientas principales que ha introducido el DNU para acelerar los trámites migratorios está vinculada con limitar o anular la capacidad de las personas migrantes para presentar recursos administrativos ante la decisión más gravosa que tiene el sistema migratorio argentino: la expulsión.

La ley de migraciones 25.871 diseñó dentro del régimen de recursos administrativos del Título VI, el derecho de las personas migrantes a presentar recurso de reconsideración (art. 75) dentro del plazo de 10 días hábiles desde la notificación de la decisión administrativa que los afecte (art. 74), que incluye, como dijimos, las decisiones de “expulsión”. También prevé su derecho a presentar recurso jerárquico contra la decisión que los afecte, dentro del plazo de 15 días desde la notificación (art. 78). En el art. 79 de la ley, se contempla un tercer recurso contra las decisiones que los afecten: la persona migrante puede presentar un recurso administrativo de alzada, que deberá ser resuelto por el Ministro del Interior (art. 81).

Como se advierte, a partir de la aplicación del procedimiento sumarísimo migratorio del art. 69 quinquies sólo será posible la presentación del recurso jerárquico, y dentro del exiguo plazo de tres (3) días hábiles.

La reducción de los plazos para recurrir a nivel administrativo de quince días (15) hábiles –como prevé el art. 78 de la ley 25.871 (recurso jerárquico en el ámbito migratorio) y art. 90 del decreto 1759, reglamentario de la ley de procedimientos administrativos, 19.549 (recurso jerárquico)- a **tres (3)** días hábiles, para un supuesto tan gravoso como la expulsión del territorio, pone en evidencia no sólo el apartamiento del marco legal del Congreso de la Nación definido de manera expresa, sino que también se busca impactar sobre las capacidades efectivas para realizar una defensa adecuada durante ese plazo.

El artículo 69 quinquies que introdujo el DNU 70/2017 también establece que los plazos fijados para el procedimiento sumarísimo resultan improrrogables, lo que impide, por ejemplo, pedir prórroga para la presentación del recurso jerárquico.

Por si hubiera dudas acerca de la no procedencia de otros recursos administrativos frente a la decisión de expulsión dictada en el marco del procedimiento sumarísimo migratorio del art. 69 quinquies, en el artículo 69 decies, se señala que: “En el Procedimiento Migratorio Especial Sumarísimo no procederán los recursos de reconsideración ni de alzada”.

La situación no mejora por el hecho de pedir vista de las actuaciones, que queda reducida a un plazo también exiguo y limitado de tres días (3) hábiles, que se computará desde su notificación, para conocer y analizar todos los antecedentes de las actuaciones administrativas, conforme los términos del art. 69 quater.

Entenderá V.S. que la falta de presentación de recurso jerárquico dentro de los tres (3) días hábiles convierte a la resolución administrativa de expulsión en una decisión firme, que puede ser ejecutada y que activa de manera inmediata la solicitud de retención, en los términos del art. 70, tema al que nos referiremos más adelante.

IV. 2.3. Un régimen de impugnación judicial de las decisiones de expulsión del territorio, de carácter ilusorio e inefectivo. ¿Y el acceso a la justicia?

El procedimiento especial sumarísimo migratorio definido por el DNU 70/2017 también introdujo un sistema de control judicial de la administración pública o régimen de impugnación judicial de las decisiones de expulsión que resulta ser ilusorio e inefectivo.

Se establece en el artículo 69 septies que una vez que se agota la instancia administrativa se podrá interponer un recurso judicial, pero dentro del acotado plazo de tres (3) días hábiles desde la notificación del rechazo del recurso jerárquico.

Tal vez V.S. tenga algún antecedente normativo de plazo tan exiguo para la impugnación judicial de la actividad administrativa, porque no lo hemos encontrado en la revisión de normas. En todo caso, los sistemas de apelación en materia de habeas corpus o de acciones de amparo parecieran asimilarse, pero la definición en esos casos de plazos tan acotados están dados por la celeridad de la herramienta para proteger a la persona frente a decisiones del Estado y no, como en el caso del DNU, para resguardar al Estado y limitar el derecho de defensa de las personas.

Conviene recordar que el régimen de revisión judicial de la actividad administrativa de la Dirección Nacional de Migraciones previsto en la ley 25.871, establece que el plazo para la presentación del recurso judicial es de 30 días hábiles, desde la notificación fehaciente de la decisión que se impugna a través de esa vía (art. 84 de la ley 25.871).

Además, el artículo 69 septies segundo párrafo del DNU establece que

“El recurso deberá ser presentado por escrito, fundado y con patrocinio letrado ante la Dirección Nacional de Migraciones, la que deberá remitir las actuaciones dentro de los tres (3) días hábiles subsiguientes al juez federal competente. Junto con dicha elevación, la Dirección Nacional de Migraciones deberá presentar un informe circunstanciado sobre la procedencia de la habilitación de instancia y acerca de los antecedentes y fundamentos de la medida impugnada. Presentadas las actuaciones, el juez, previo a todo trámite, dará vista al fiscal por el término de dos (2) días para que se expida sobre la habilitación de instancia. El juez resolverá en un (1) día hábil sobre la misma. Si el recurso no cumpliera los requisitos establecidos en los párrafos anteriores, el juez deberá rechazar “in limine” el recurso. El juez deberá resolver el recurso en el plazo de TRES (3) días hábiles. La sentencia deberá expresamente resolver sobre la expulsión dictada y la procedencia de la retención solicitada...”

De acuerdo a este artículo, entonces, además de presentar el recurso judicial dentro del plazo de tres (3) días, la presentación debe ser realizada por escrito, fundada y con patrocinio letrado, ante la autoridad migratoria que tendrá la posibilidad de cotejar el pedido

de revisión judicial, realizar un informe circunstanciado sobre la procedencia de la habilitación de instancia, y también un informe sobre los antecedentes y fundamentos de la medida impugnada.

Como podrá advertir V.S., y más allá de las condiciones óptimas que deben darse para presentar un recurso judicial de revisión en tres días (notificación fehaciente, acceso a la asistencia jurídica, por ejemplo), si bien existe una paridad formal entre los días que tiene una persona migrante para presentar un recurso judicial (3 días hábiles) y el plazo que tiene la autoridad migratoria para contestarlo y elevar las actuaciones a la juez federal (3 días hábiles), lo cierto es que la posición de ventaja que tendrá la autoridad migratoria resulta evidente. No aparece ninguna consecuencia de tipo procesal para la autoridad migratoria si no remite dentro de los 3 tres días las actuaciones a la justicia, cuando para el migrante la presentación del recurso judicial fuera del plazo implica consentir la decisión de expulsión. También la agencia estatal tiene mejores condiciones materiales para realizar un informe circunstanciado sobre los antecedentes de la decisión adoptada por ella.

Además, advierta V.S. que en ciertas ocasiones la persona migrante que debe recurrir una decisión de expulsión puede encontrarse retenida, precisamente, por razones migratorias con lo que la posibilidad de recolectar elementos de prueba, discutir una estrategia de defensa, o incluso acceder a un patrocinio letrado de manera oportuna, puede verse sumamente limitada u obstruida. Ya nos referiremos a la retención migratoria, incluso dentro del trámite del procedimiento sumarísimo migratorio.

También llama la atención que el artículo 69 septies establezca que la participación del fiscal del Ministerio Público esté focalizada, de manera exclusiva, en el análisis de la habilitación de la instancia judicial, cuando -en rigor- tiene competencia para analizar la legalidad y razonabilidad de la medida administrativa que se impugna, bajo la función que tiene asignada en la ley y en la Constitución de control de legalidad que le es obligatorio.

Bajo estas condiciones, resulta sencillo suponer que el acceso a la justicia, en condiciones de igualdad, de todas aquellas personas migrantes alcanzadas por el procedimiento sumarísimo migratorio se encuentra comprometido.

A su vez, el sistema de apelación que introdujo el DNU contra las resoluciones de los jueces de primera instancia, también se trata de espacios acotados para asegurar condiciones adecuadas y efectivas de acceso a la justicia. El artículo 69 nonies, define el plazo de tres (3) días hábiles para la presentación del recurso de apelación que debe estar fundado ante el juez que dictó la resolución, y le dará traslado a la otra parte, por el mismo plazo. La Cámara Federal tendrá también tres (3) días para resolver. Una vez dictada la sentencia de la Cámara, si queda firme o es denegado el recurso extraordinario federal, *"la Dirección Nacional de Migraciones, en caso de corresponder, ejecutará la medida de expulsión sin más trámite."*

Además del plazo acotado para la resolución del trámite, cuestión que puede limitar el tipo de proceso de ponderación que los jueces de Cámara deben hacer en el marco de un recurso de apelación, tampoco se advierte aquí la comunicación al fiscal federal que actúa ante la Cámara para la realización del control de legalidad que le corresponde.

IV. 2.4. La habilitación de detenciones preventivas por razones migratorias en el marco del proceso sumarísimo migratorio.

Más allá de las modificaciones generales que introdujo para todos los supuestos de retención (detención) por razones migratorias el DNU 70/2017 en el artículo 70 de la ley 25.871, y que veremos en otro apartado, nos interesa ahora señalar que el instituto de la retención por razones migratorias puede requerirse a un juez con el inicio del procedimiento migratorio sumarísimo previsto en el art. 69.

El art. 69 bis, estableció que *“El inicio del presente procedimiento podrá ser contemporáneo al pedido de retención preventiva de conformidad al artículo 70 de la presente ley a efectos de asegurar la medida de expulsión. La retención preventiva podrá ser pedida en todo momento del procedimiento administrativo o del proceso judicial.”*

Para más detalles acerca de la capacidad de la autoridad migratoria para solicitarle al juez la retención por razones migratorias, el art. 69 octies señaló que:

“En caso de que la medida de expulsión sea recurrida en los términos del artículo 69 septies (se refiere al recurso de apelación ante la Cámara) y no se hubiera dictado una retención preventiva, la Dirección Nacional de Migraciones, juntamente con la presentación del informe circunstanciado, podrá solicitar que a los fines de resolver la medida de expulsión dictada, el juez también se expida accesoriamente sobre la retención prevista en el artículo 70 de la presente Ley. No será necesario iniciar expediente judicial de retención independiente del proceso recursivo judicial que se establece en el presente régimen.”

Nos interesa señalar la regularidad con la que puede darse el requerimiento por parte de la autoridad migratoria a los jueces para que ordenen la retención por razones administrativas de aquellas personas migrantes alcanzadas por el procedimiento especial sumarísimo migratorio.

Además del impacto sobre la libertad ambulatoria y de que a través de un DNU se hayan creado causas para la retención (detención) de personas, hemos de llamar la atención sobre cómo podría limitarse aún más el ejercicio de garantías mínimas de debido proceso y acceso a la justicia cuando la persona debe defenderse en el procedimiento migratorio sumarísimo desde un contexto de encierro: de qué manera podrá recabar pruebas sobre su real condición en Argentina y enfrentar los argumentos que la autoridad migratoria considera

en su contra, o indagar sobre condiciones vinculadas a sus trámites migratorios previos, entre otras situaciones que pueden necesitarse para preparar su mejor defensa legal.

Repare V.S. que no existe, dentro de la regulación del procedimiento sumarísimo migratorio, indicación alguna acerca de cuándo procedería –si fuese válido- un requerimiento de retención (detención), ni qué elementos deberá aportar la autoridad migratoria para que el juez evalúe el pedido a realizar o qué margen tiene el juez para rechazar el pedido realizado. De acuerdo a la regulación de la retención que introdujo el DNU 70/2017, la actuación judicial ante pedidos de retención parece reducirse a un procedimiento de forma, donde se coteja la existencia de un pedido de retención decidido por una autoridad migratoria, y a solicitar la retención y/o validar la retención ya ocurrida.

Es más: esta regulación constituye un cambio significativo en las causales de retención (detención) que tenía la autoridad migratoria a través del art. 70 de la ley 25.871, ahora en el marco del procedimiento sumarísimo. Mientras que la retención del artículo 70 está permitida excepcionalmente para asegurar el cumplimiento de una orden de expulsión dictada, aunque no firme, el artículo 69 bis habilita la privación de libertad desde el inicio mismo del procedimiento sin exigencias de “**excepcionalidad**”. Cuando el Ejecutivo se refiere al “inicio del procedimiento”, está habilitando, entonces, la retención aun cuando la orden de expulsión ni siquiera se hubiera dictado efectivamente.

En el marco del Procedimiento Especial Sumarísimo, la retención “preventiva” está habilitada desde el comienzo de las actuaciones, sin requisito de excepcionalidad, con lo que puede suponerse su posible uso constante y abusivo por parte de las autoridades.

Las normas introducidas por el DNU 70/17 operarán como herramientas para detener personas migrantes incurso en alguna de las causales del artículo 29 o 62, aun antes del dictado formal de la orden de expulsión.

IV. 3. Las modificaciones generales al procedimiento administrativo migratorio definido por la ley 25.871

El DNU también debe analizarse a la luz de modificaciones generales que operan en el procedimiento administrativo migratorio, que tendrán incidencia en todos los trámites de expulsión y en particular en las decisiones de expulsión que se resuelvan en el marco del nuevo procedimiento especial sumarísimo, en función de los argumentos que señalaremos seguidamente.

IV. 3.1. El sistema de notificaciones en el trámite migratorio que introdujo el decreto 70/2017 y sus efectos en las garantías mínimas de debido proceso legal y acceso a la justicia en condiciones de igualdad

El DNU 70/2017 introdujo cambios en los sistemas de notificaciones administrativas, que tiene un impacto sobre las posibilidades reales de las personas migrantes de ejercer las garantías mínimas de debido proceso legal y el derecho a la tutela judicial efectiva en condiciones de igualdad.

Mientras que el texto original de la ley de migraciones 25.871, en su art. 54, establecía la obligación de las personas migrantes de mantener actualizados los datos referidos al domicilio donde se considerarán válidas todas las notificaciones, el decreto reglamentario precisó los plazos y vías para realizar el proceso de actualización de los domicilios referidos. El decreto reglamentario nro. 616/2010, señaló que el cambio de domicilio “deberá ser informado en forma personal por el extranjero en el expediente en que le fue conferida la admisión o autorizada la residencia, por escrito y dentro de los tres (3) días de producido...”.

Por su parte, el DNU estableció que si la persona migrante *“no constituyese domicilio alguno, o el constituido no existiere, los actos emitidos por la Dirección Nacional de Migraciones se tendrán por notificados de pleno derecho, en el término de dos (2) días hábiles, desde el momento de su emisión, quedando los mismos disponibles en la mesa de entradas de la citada Dirección Nacional”*. (conf. art. 54 párrafo 5, el destacado nos pertenece).

La introducción de este mecanismo de notificación implica que la autoridad migratoria sin considerar circunstancias particulares o casos concretos sobre dificultades en la notificación incluso por razones ajenas a las personas migrantes, tomará como válidas notificaciones de sus actos administrativos que no se realicen, las que se consideran efectuadas de pleno derecho en la mesa de entradas de la autoridad migratoria, en el término de dos días hábiles desde su emisión.

Como podrá advertir V.S. la formulación realizada en el art. 54 del DNU del sistema de notificaciones por mesa de entradas de la Dirección Nacional de Migraciones y por el plazo de dos días desde la emisión del acto de la mencionada autoridad, plantea varios problemas.

En primer lugar, si la cuestión está vinculada con la falta de constitución del domicilio alguno por parte de la persona migrante, la solución que debe utilizarse es la fórmula prevista en el art. 42 del decreto 1759, reglamentario de la ley de procedimientos administrativos 19.549, denominada “Publicación de edictos”, porque resulta ser una fórmula más efectiva para asegurar una notificación.

En ese caso, advierta V.S. que se le exige a la autoridad administrativa que la notificación sea realizada a través de la publicación de edictos, por tres (3) días en el Boletín Oficial, y se considerará notificada dentro de los 5 días posteriores a la última publicación. Es decir, los plazos y condiciones para que esa notificación pueda ser realizada, resulta ser más efectiva e idónea que la propuesta que introdujo el DNU.

En efecto, con esta modalidad se prevé la publicación de la notificación en una publicación oficial a la que se puede acceder por internet -otorgándole publicidad y circulación- permitiendo así que el interesado y terceros (como los familiares o abogados de la persona migrante) puedan anoticiarse de la resolución dictada. Esta situación es muy distinta de la establecida por el DNU que exige que la persona interesada se presente en la oficina de migraciones para constatar si se dictó alguna resolución que lo afecte. Además, mediante la publicación de edictos la resolución se entiende notificada recién 8 días después de la primera publicación, mientras que el DNU prevé apenas dos días en la Mesa de Entradas de la DNM para entenderla notificada de pleno derecho.

Por su parte, si la cuestión está referida a la "inexistencia" del domicilio constituido, en esos supuestos la respuesta del Poder Ejecutivo Nacional debió ser más cuidadosa y referirse a cada uno de los casos. Desde hace ya varios años, las empresas de correo postal consideran a ciertos barrios o villas de la Argentina como "zona peligrosa" o señalan que en esos casos el domicilio "no existe". Conviene advertir que un número importante de personas migrantes pueden residir en estos barrios. Por lo tanto, definir -como lo hace el DNU- que en todos esos casos se considerará que la notificación opera de pleno derecho en la mesa de entrada de la autoridad migratoria, puede acarrear efectos serios y definitivos para estas personas en el ejercicio de las garantías mínimas de debido proceso legal y tutela judicial efectiva.

En segundo lugar, la cuestión de la notificación adquiere especial relevancia y centralidad en el marco del sobre procedimiento especial migratorio sumarísimo que describimos en los apartados previos, con plazos más que acotados para recurrir las decisiones que la autoridad administrativa adopte y también para acceder a la justicia.

Como podrá advertir V.S. no es una cuestión de divergencias sobre el sistema de notificaciones que introdujo el decreto 70/2017, por el contrario, es una cuestión central para el ejercicio oportuno y efectivo del derecho de defensa.

En efecto, la ley de migraciones 25.871 le ha otorgado una especial relevancia a la notificación de todos aquellos actos administrativos que habilitan la posibilidad de plantear recursos administrativos o instar la acción judicial y por eso estableció que la notificación en esos casos debe ser **fehaciente**.

En el artículo 75 de la ley, que regula el recurso de reconsideración, consideró que “el Recurso de Reconsideración deberá deducirse dentro de los diez (10) días hábiles de la notificación fehaciente del acto y ante el mismo órgano que lo dictó” (el destacado nos pertenece).

También el artículo 78 que regula el recurso jerárquico, la ley estableció que: “Los actos administrativos que resuelvan sobre las cuestiones enumeradas en el artículo 74, podrán también ser objeto del Recurso Jerárquico a interponerse ante la autoridad emisora del acto recurrido dentro de los quince (15) días hábiles de su notificación fehaciente, y será elevado de oficio y dentro del término de cinco (5) días hábiles a la Dirección Nacional de Migraciones” (el destacado también nos pertenece).

Y el artículo 84 que regula el acceso a la justicia para la revisión de las decisiones de la autoridad administrativa, estableció que: “Agotada la vía administrativa a través de los Recursos de Reconsideración, Jerárquico o Alzada, queda expedita la vía recursiva judicial. El plazo para la interposición del respectivo recurso, será de treinta (30) días hábiles a contar desde la notificación fehaciente al interesado” (el destacado nos pertenece).

En este contexto, conviene señalar lo siguiente: el sistema de notificaciones de actos que habilitan la presentación de recursos administrativos o judiciales difiere, entonces, entre aquellos actos decididos en el ámbito del procedimiento especial sumarísimo migratorio, de acuerdo a los términos del art. 54 y 69 introducido por el decreto 70/2017 o aquellos actos que están alcanzados por el sistema recursivo diseñado por la ley 25.871 contra las decisiones de la autoridad migratoria enumeradas en el art. 74 de la mencionada ley.

En el primero de los supuestos, como hemos observado en los apartados anteriores, no aparece expresamente señalado que el computo del plazo para la presentación del recurso jerárquico administrativo dentro de los tres (3) días hábiles se realice a partir de una “**notificación fehaciente**” del acto administrativo de expulsión.

Esta situación agrava las posibilidades de desarrollar una estrategia de defensa adecuada y efectiva, sobre todo, porque siquiera la autoridad migratoria tiene la obligación de notificar de manera **fehaciente** las decisiones de expulsión que en el marco de ese procedimiento migratorio sumarísimo se adopten.

A la vez, el artículo 54 que introdujo el DNU 70/2017 entra en contradicción con las regulaciones de notificación específicas previstas en el sistema recursivo de la ley de migraciones, art. 74 a 90, donde se exige que la notificación además de válida, sea –sobre todo- fehaciente.

Con todo, la fórmula de notificación automática de los actos de la autoridad migratoria de pleno derecho, por dos días hábiles constituye una afectación de las garantías mínimas de

debido proceso y acceso a la justicia en condiciones de igualdad, sobre todo, si ella se aplica al procedimiento especial sumarísimo migratorio.

IV. 3.2. Las condiciones para acceder a la asistencia jurídica gratuita. Las modificaciones introducidas por el DNU 70/2017. Obstáculos para asegurarla

En el cuadro que sigue, se detalla la regulación prevista en el art. 86 de la ley 25.871 en su regulación original, la reglamentación del artículo mencionado establecida en el art. 86 del reglamento 616/2010 y la regulación que ofrece el DNU 70/2017.

Ley de Migraciones 25.871	Decreto Reglamentario 616/2010	Decreto de NyU 70/17
<p>ARTICULO 86. — Los extranjeros que se encuentren en territorio nacional y que carezcan de medios económicos, tendrán derecho a asistencia jurídica gratuita en aquellos procedimientos administrativos y judiciales que puedan llevar a la denegación de su entrada, al retorno a su país de origen o a la expulsión del territorio argentino. Además tendrán derecho a la asistencia de intérprete/s si no comprenden o hablan el idioma oficial. Las reglamentaciones a la presente, que en su caso se dicten, deberán resguardar el ejercicio del Derecho Constitucional de defensa.</p>	<p>ARTICULO 86.- La Dirección Nacional de Migraciones, ante el planteo que efectúe un extranjero, dará inmediata intervención al Ministerio Público de la Defensa, disponiendo la suspensión de cualquier trámite y de los plazos en curso en las actuaciones administrativas, hasta que el referido Ministerio tome intervención o el interesado reciba la asistencia jurídica necesaria para la salvaguarda de sus intereses.</p>	<p>“ARTÍCULO 86.- Los extranjeros que se encuentren en territorio nacional y que carezcan de medios económicos, tendrán derecho a asistencia jurídica gratuita en aquellos procedimientos administrativos y judiciales que puedan llevar a la denegación de su residencia legal o a la expulsión del territorio argentino. Además tendrán derecho a la asistencia de intérprete si no comprendieren o hablaren el idioma oficial.</p> <p>Con la solicitud ante la autoridad administrativa de asistencia jurídica gratuita y acreditada que sea la carencia de medios económicos, la Dirección Nacional de Migraciones notificará al defensor público oficial de turno para que en el plazo de tres (3) días</p>

		<p>hábiles tome la intervención que le compete.</p> <p>Cuando no haya sido requerida la asistencia jurídica gratuita o no se acreditara de forma fehaciente la falta de medios económicos, se continuará con las actuaciones administrativas sin más trámite.</p> <p>Al momento de notificar al extranjero de alguna decisión de la Dirección Nacional de Migraciones, que pudiera afectar alguno de los derechos enunciados en la presente Ley, se deberá transcribir en forma textual este artículo en el cuerpo de la notificación.</p> <p>La reglamentación de la presente deberá resguardar el ejercicio del derecho constitucional de defensa."</p>
--	--	---

La primera diferencia entre la regulación del Congreso Nacional y la modificación decidida por el Poder Ejecutivo Nacional está vinculada a la definición sobre en qué casos la asistencia jurídica debe estar asegurada. La regulación original de la ley 25.871, dice "en aquellos procedimientos administrativos y judiciales que puedan llevar a la denegación de su entrada, al retorno a su país de origen o a la expulsión del territorio argentina", mientras que para el DNU, en "aquellos procedimientos administrativos y judiciales que puedan llevar a la denegación de su residencia legal o a la expulsión del territorio argentina". Es decir, para el Poder Ejecutivo el derecho a la asistencia jurídica gratuita no debe estar asegurada en aquellos casos de denegación de la entrada de una persona migrante al país, lo que constituye una modificación de los supuestos fijados por el legislador.

Además de esta diferencia, en el DNU aparecen diferencias u obstáculos significativos vinculados a la implementación de la obligación del Estado de asegurar el

acceso a la asistencia jurídica gratuita. Y sobre estas diferencias u obstáculos debemos centrar la atención.

En particular, de la lectura del DNU surge un mecanismo para determinar de qué modo las personas migrantes pueden contar con la asistencia jurídica gratuita. En primer lugar, la persona migrante debe solicitar la asistencia jurídica gratuita, es decir, tiene que conocer que le asiste ese derecho y que a la vez existe un mecanismo para contar con ese tipo de asistencia. En este sentido, recordemos que en el señero fallo “Miranda v. Arizona” de 1966, la Suprema Corte de los Estados Unidos anuló la condena contra una persona a quien no se le habían comunicado sus garantías constitucionales. Así, se estableció la obligación del funcionario público de informarle a la persona detenida los derechos que le asisten al momento de una aprehensión, entre ellas el derecho a no auto incriminarse y a una defensa legal gratuita¹.

Precisamente, en estos casos en que están en juego derechos fundamentales de un colectivo que se encuentra en una situación de desigualdad –como se verá más adelante-, el Estado tiene un deber agravado de asegurar los mecanismos de protección de sus derechos. Entre estos, la provisión de asistencia jurídica gratuita resulta crucial para el ejercicio del resto de sus derechos fundamentales.

En segundo lugar, de acuerdo al DNU, la persona migrante además de saber que tiene el derecho a solicitarle la asistencia jurídica gratuita a la autoridad migratoria, tiene que acreditar la carencia de medios económicos.

El texto del DNU no ofrece ninguna indicación acerca de cómo se prueba la carencia de recursos económicos, y le exige a la persona migrante que esa acreditación (carencia de recursos) sea en forma fehaciente.

Entenderá V.S. que esta situación implica la habilitación de espacio de discrecionalidad y arbitrariedad para asegurar una cuestión clave en el marco de un procedimiento migratorio, en general, y central en todos aquellos trámites vinculados con la expulsión y retención: contar con asistencia jurídica gratuita. Además, para el Estado esta debe ser una obligación agravada si se consideran las características del procedimiento especial sumarísimo migratorio, que introdujo el DNU 70/2017, porque allí el acceso a la asistencia jurídica será determinante para la definición de una estrategia legal de defensa, pero no nos adelantemos. Sigamos.

De acuerdo al DNU, recién luego de la acreditación de “carencia de medios económicos”, le solicitará la intervención al defensor oficial de turno para que en el acotado plazo de tres (3) días tome la intervención que le corresponde.

¹ U.S. Supreme Court. Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436 (1966).

Para comprender la real significancia de lo señalado. El DNU agregó en el mismo artículo 86 lo siguiente: para aquellos casos en los que **“no haya sido requerida la asistencia jurídica gratuita o no se acreditara de forma fehaciente la falta de medios económicos, se continuará con las actuaciones administrativas sin más trámite”**.

Es decir, si la persona migrante no solicita el acceso a la asistencia jurídica gratuita o no acredita de manera fehaciente la carencia de recursos económicos, el trámite –que en materia de expulsiones, en general incluye la retención- continúa sin ningún tipo de asistencia jurídica provista por el Estado.

Este es un cambio significativo del diseño de asistencia jurídica gratuita definido por la ley 25.871 y complementado con el decreto 616 del año 2010.

En el decreto 616/10 mencionado, se señala que ante cualquier planteo realizado por aquellas personas migrantes vinculados con casos que la ley asegura el acceso a la asistencia jurídica gratuita, la autoridad migratoria le dará traslado al Ministerio Público de la Defensa, para que tome intervención o el interesado reciba la asistencia jurídica necesaria para salvaguarda de sus intereses, y hasta que ello ocurra se suspenden los plazos y los trámites.

Más allá de eso, podrá advertir V.S. que las modificaciones que introdujo el DNU 70/2017 convierten al derecho a la asistencia jurídica gratuita en una cuestión de reconocimiento “opcional” por parte de la autoridad migratoria, que determinará a quién se le otorgará una asistencia jurídica gratuita, lo que redundará en afectaciones al debido proceso, protección judicial efectiva y acceso a la justicia en condiciones de igualdad y no discriminación.

Además, a las diferencias marcadas entre el diseño de los mecanismos de asistencia jurídica gratuita previstos en la ley de migraciones y en su decreto reglamentario con el diseño que introdujo el DNU, se le deben adicionar las reales necesidades de asistencia jurídica que requieren todos aquellas personas migrantes a las que se les aplicará el procedimiento migratorio sumarísimo, en los que la falta de asistencia jurídica implicará por cierto la concreción de las órdenes de expulsión que allí se decidan.

IV. 3.3. El establecimiento de una nueva causal de terminación “anormal” del proceso administrativo o judicial de revisión de la actuación de la autoridad migratoria. El desistimiento por estar en el exterior

El DNU introdujo en el art. 74 bis, una nueva vía de terminación anormal de procesos administrativos o judiciales que las personas migrantes hayan iniciado, a partir de la consideración de un desistimiento de hecho, por estar fuera del territorio nacional.

De acuerdo, al artículo 74 bis, “En todos los casos se tendrá por desistida la vía administrativa o judicial cuando se comprobare que el extranjero se encontrare fuera del territorio nacional por un plazo mayor a SESENTA (60) días corridos y continuos.”

La incorporación de este supuesto de terminación de procesos administrativos o judiciales iniciados por parte de personas migrantes no se condice con las reglas de debido proceso vigentes en términos de caducidad del procedimiento administrativo o judicial.

Por ejemplo, si lo que interesaba al Poder Ejecutivo Nacional era establecer alguna regla en materia de desistimiento de recursos planteados en sede administrativa, podría haber utilizado la regla fijada en la Ley de Procedimientos Administrativos, que establece en su art. 1, inc. e, apartado 9 los plazos para considerar que un trámite se encuentra paralizado por decisión del administrado. Allí se prevé un plazo de sesenta (60) días, que se computan como días hábiles administrativos. Una vez transcurridos, la autoridad administrativa deberá notificarle que si transcurren otros treinta (30) días más, se declarará de oficio la caducidad del procedimiento. En este supuesto, así como en otros trámites judiciales, la actuación de representantes o letrados presentados en el expediente pueden activar el trámite administrativo.

La intención de la norma incorporada por el DNU en el art. 74 bis pareciera estar destinada a evitar un control o revisión de la actuación administrativa o resolver trámites pendientes sin realizar una evaluación detallada de todos los antecedentes del caso y el necesario proceso de ponderación de los intereses en juego que todo caso en el que se resuelve una expulsión del territorio requiera.

El artículo 74 bis, al señalar que se aplica el desistimiento por estar fuera del territorio “en todos los casos” excluye una larga serie de situaciones en las que una persona migrante puede decidir salir del país (por ejemplo, problemas de salud de algún familiar, visitas en períodos vacacionales, viajes para completar trámites pendientes en su país de origen, etc.), lo que no supone una intención real de desistir de los recursos administrativos o judiciales pendientes.

A su vez, si ante el acotado margen de impugnación judicial que prevé el procedimiento migratorio sumarísimo, una persona migrante presenta otro tipo de recurso administrativo o judicial – sea el recurso de revisión del art. 22 de la ley de procedimientos administrativos, o sea otro tipo de acción judicial, como la impugnación judicial de acto administrativo o incluso cuando dentro del procedimiento migratorio sumarísimo, luego del rechazo del recurso extraordinario federal, presenta un recurso de queja ante la Corte

Suprema- la eventual expulsión del territorio ejecutada por la autoridad migratoria podría llevar al desistimiento de la acción, por imperio del nuevo artículo 74 bis. Las incertidumbres que genera este artículo tendrán un impacto en las vías de acceso a la justicia y protección judicial efectiva.

En todo caso, el plazo de 60 días corridos resulta ser insuficiente para demostrar la intención de desistir los procesos recursivos iniciados, sobre todo si no se contempla la existencia de representantes legales presentados en los expedientes.

IV. 3.4. La derogación del recurso de revisión de las decisiones de la autoridad migratoria

El DNU también derogó uno de los remedios que diseñó el legislador para controlar las decisiones de la autoridad migratoria. En el art. 26 del decreto 70/2017 el PEN establece *"Derógase el artículo 90 de la Ley N° 25.871 y su modificatoria"*.

El artículo 90 diseñado por el legislador, señala: "El Ministerio del Interior y la Dirección Nacional de Migraciones podrán rever, de oficio o a petición de parte, sus resoluciones y las de las autoridades que actúen por delegación. Serán susceptibles de revisión las decisiones cuando se comprueben casos de error, omisión o arbitrariedad manifiesta, violaciones al debido proceso, o cuando hechos nuevos de suficiente entidad justifiquen dicha medida".

El remedio derogado constituye una herramienta de protección muy significativa en tanto habilita la revisión de decisiones de la autoridad administrativa cuando hayan existido supuestos de "error, omisión o arbitrariedad manifiesta, violaciones al debido proceso, o cuando hechos nuevos de suficiente entidad justifiquen dicha medida". Esta herramienta más amplia que el recurso de revisión previsto en el art. 22 de la ley de procedimientos administrativos 19.549, asegura de manera más efectiva derechos de aquellas personas migrantes frente a decisiones administrativas.

Es evidente entonces que el Poder Ejecutivo Nacional decidió modificar aspectos centrales del sistema de recursos administrativos y judiciales que estaban diseñados para asegurar el control de la actuación administrativa migratoria con el único objetivo de "agilizar" los trámites.

El asunto es que el Estado Nacional, con esta eliminación del recurso de revisión reduce al máximo las posibilidades para plantear asuntos que, en el marco de procedimientos administrativos de control muy acotados, como es el procedimiento especial sumarísimo migratorio creado por el DNU que aquí se impugna, resulta en extremo difícil y muchas veces inútil o inefectivo, aún ante situaciones de arbitrariedad manifiesta o hechos nuevos.

IV. 3.5. La modificación de plazos de vigencia para la retención por razones migratorias. El uso de herramientas recursivas por parte de personas migrantes como argumento para el sostener la retención por razones migratorias

El DNU 70/2017 amplió los plazos de vigencia de una retención (detención) por razones migratorias. Más allá de lo ya señalado sobre cómo puede operar la retención en el procedimiento especial migratorio sumarísimo (Ver, Punto VI.2.3 de esta acción judicial), en este apartado nos concentraremos en establecer las diferencias entre la regulación original de la ley 25.871, el decreto reglamentario 616/2010 y el Decreto 70/2017.

Como se puede advertir de la lectura de la redacción del artículo 70 en los diferentes instrumentos normativos, surgen diferencias significativas que deben tenerse en cuenta al momento de analizar la presente acción de amparo.

En primer lugar, con relación al plazo para establecer la retención en el marco de procedimientos migratorios de expulsión, la redacción original de la ley 25.871 estableció como criterio general que: *"En todos los casos el tiempo de retención no podrá exceder el estrictamente indispensable para hacer efectiva la expulsión del extranjero"*.

El decreto reglamentario de la ley de migraciones 616/2010 precisó que el plazo de la retención para casos de órdenes de expulsión firmes y consentidas es de "hasta quince (15) días corridos". Y agregó que *"Cuando el cumplimiento de la orden de expulsión se demore por circunstancias ajenas a la autoridad migratoria y en virtud de las particulares condiciones del caso no resulte posible disponer la libertad provisoria del extranjero, podrá requerirse a la autoridad judicial que prolongue la retención por un plazo adicional máximo de hasta treinta (30) días corridos. En tal caso, la autoridad migratoria deberá presentar cada diez (10) días un informe al órgano judicial competente detallando todas las gestiones realizadas para concretar la expulsión y las razones que justifican la subsistencia de la medida en el caso concreto"*.

Es decir, la duración de la retención por razones migratorias, podrá durar 15 días, salvo situaciones muy específicas en las que el juez podrá extender 30 días corridos, aunque en este supuesto, la autoridad migratoria debe informar cada 10 días las razones por las que la expulsión no se concreta y las razones que justifican la subsistencia de la medida de retención.

El DNU 70/2017, consideró en cambio que *"Ante medidas expulsivas firmes, el plazo de retención para materializar la expulsión será de treinta (30) días corridos, prorrogables por disposición judicial por idéntico término"*.

Es decir, el plazo de duración de la retención se extiende de un máximo de 15, pasibles de prorrogarse hasta un máximo de 30 bajo condiciones muy específicas (según la regulación de la ley 25.871), a un plazo 30 días con una prórroga por 30 días más, sin exigencias especiales. El DNU habilita la prórroga, extendiendo el plazo a 60 días de privación de libertad, sin exigir la acreditación de situaciones específicas excepcionales que lo hicieren indispensable. Además, exime a la autoridad administrativa de la obligación de explicar las razones de la demora en la concreción de la expulsión, así como de justificar cada diez días las condiciones que exigen el mantenimiento de la medida privativa de libertad.

Por su parte, la ley de migraciones 25.871 también habilitó la retención aún cuando la orden de expulsión no estuviese firme ni consentida: *"Excepcionalmente y cuando las características del caso lo justificare, la Dirección Nacional de Migraciones o el Ministerio del Interior podrán solicitar a la autoridad judicial la retención del extranjero aún cuando la orden de expulsión no se encuentre firme y consentida"*.

El decreto 616/2010 precisó en este supuesto que *"Cuando la orden de expulsión de un extranjero no se encuentre firme y consentida, el Ministerio del Interior o la Dirección Nacional de Migraciones sólo podrán solicitar su retención si existen circunstancias objetivas que hagan presumir que eludirá la medida. En tal caso la solicitud de retención que se remita a la autoridad judicial deberá efectuar una descripción precisa de las pautas que acrediten tal situación, acompañar los elementos documentales, si los hubiere, que las corroboren, e indicar el plazo de duración requerido. Si la solicitud de retención es aceptada, la autoridad migratoria deberá presentar un informe al órgano judicial interviniente, cada diez (10) días, detallando el avance del procedimiento administrativo respectivo y las razones que justifican la subsistencia de la medida en el caso concreto"*.

Además, el decreto 616/2010 agregó criterios para analizar el peligro en el incumplimiento de la orden de expulsión. Y señaló que para ello: *"se tendrán en cuenta, entre otras, las siguientes pautas:*

a) *Arraigo, determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento de la familia y de sus negocios o trabajo;*

b) *Las circunstancias y naturaleza del hecho por el cual se ordena su expulsión.*

c) *El comportamiento del extranjero durante el procedimiento administrativo que precedió a la orden de expulsión, en la medida en que indique cuál es su voluntad de*

someterse a la decisión final que se adopte y, en particular, si hubiese ocultado información sobre su identidad, o domicilio, o si hubiese proporcionado datos falsos.

En este punto, el DNU 70/17 omitió referirse a los riesgos procesales que pueden justificar la privación de libertad por razones administrativas, dejándolo al arbitrio de la administración.

Por el contrario, el DNU 70/2017, de manera muy distinta a la regulación del decreto 616/2010, ató el plazo de duración de la retención excepcional ante decisiones de expulsión que no se encuentren firmes al agotamiento de las vías recursivas. Así señaló que “El tiempo de retención no podrá exceder el indispensable para hacer efectiva la expulsión del extranjero, sujeta a las constancias judiciales por recursos u acciones articuladas en su defensa, y/o las medidas operativas necesarias para la reserva de plazas, carga pública, custodios y viáticos pertinentes, cuando corresponda.”

Y agregó por si quedan dudas sobre la relación entre mantenimiento de la retención por razones administrativas y la presentación de recursos administrativos o judiciales, que “las acciones o procesos recursivos suspenderán el cómputo del plazo de retención hasta su resolución definitiva”.

En otras palabras, aquellas personas migrantes sobre las que existe una orden de expulsión que no se encuentre firme, y sobre las que exista una orden de retención (detención) por razones migratorias, se verán perjudicadas en la medida de su activismo recursivo, ya que se extendería la privación de la libertad mientras se agotan los trámites. La persona migrante sabrá entonces que la presentación de las escasas herramientas procesales (administrativas o judiciales) que el DNU habilitó, por ejemplo, en el marco del Procedimiento Migratorio Sumarísimo, significará la prolongación indefinida de la retención por razones administrativas. Una situación dilemática que no es posible sostener de acuerdo al marco jurídico nacional e internacional.

IV. 3.6. 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

Por último, hemos de mencionar un límite muy concreto para la determinación de remedios judiciales apropiados al momento de revisar decisiones de la autoridad migratoria, que está destinado –especialmente- a los espacios judiciales de revisión de las decisiones de expulsión adoptadas en el marco del procedimiento especial migratorio sumarísimo.

Nos referimos a la previsión del artículo 62 bis que establece que “El otorgamiento de la dispensa establecida en los artículos 29 y 62 de la presente Ley será una facultad exclusiva de la Dirección Nacional de Migraciones, no pudiendo ser otorgada judicialmente”. Es decir, que en un eventual planteo judicial con relación a una decisión administrativa de expulsión (por impedimento de permanencia o cancelación de residencia) los jueces no podrán evaluar de qué manera se consideraron los antecedentes vinculados a la concesión de una dispensa, así como tampoco aplicarla si es que el rechazo administrativo de la dispensa se ha llevado adelante de manera irrazonable o ilegal.

Conviene tener en cuenta que ante los márgenes acotados de revisión judicial de las decisiones de la autoridad migratoria, este límite al remedio judicial puede consolidar una situación de violación al derecho a la reunificación familiar, o ser el último resorte para asegurarlo.

Es que el DNU excluyó la posibilidad de alegar cuestiones de “unidad familiar” o “reunificación familiar” en la mayoría de los casos que pueden derivar en una expulsión, en los términos del art. 29 (impedimentos de ingreso y permanencia) y el art. 62 (cancelación de residencia). Y además exige, en aquellos supuestos que permite alegar la existencia de este derecho, la acreditación de la convivencia del grupo familiar, excluyendo a quien se hubiera desinteresado afectiva o económicamente. Podrá advertir V.S. que el ejercicio del derecho a la reunificación o a la unidad familiar dependerá de la discrecionalidad de las autoridades administrativas y solo para aquellos pocos supuestos en los que el DNU la habilitó. Esta decisión, por cierto, quedará sujeta al cumplimiento de exigencias probatorias que en el marco del Procedimiento Especial Migratorio Sumarísimo, resultarán de dificultosa o imposible acreditación.

En este contexto, la exclusión del control judicial de las decisiones de la autoridad administrativa tiene consecuencias especialmente graves, que pone en riesgo la responsabilidad internacional del estado.

El art. 62 bis que introdujo el DNU 70/2017 constituye, por lo demás, un avance del Poder Ejecutivo Nacional sobre las competencias del Poder Judicial.

Es por todo ello, como adelantamos, que venimos a plantear esta acción judicial de amparo colectivo, para la protección de las garantías mínimas de debido proceso legal y tutela judicial efectiva, y el derecho a la igual protección de la ley y a la no discriminación, en representación de los derechos humanos y derechos individuales homogéneos de todas aquellas personas migrantes migrantes sometidas a trámites administrativos de expulsión.

V.- LEGITIMACIÓN - ADECUADA REPRESENTACIÓN:

Nos presentamos 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 la igual protección de la ley y a la no discriminación, como consecuencia de la modificación que el DNU introdujo a la Ley 25.971 sobre los arts. 54; 69 a 69 undecies; 70; 74 bis; 86 y 90.

En lo que respecta a la adecuada representación de los derechos de este grupo, el CELS es una asociación civil sin fines de lucro entre cuyos fines se encuentra *"la defensa de la dignidad de la persona humana, de la soberanía del pueblo, del bienestar de la comunidad"* y la promoción o ejecución de acciones judiciales destinadas a procurar la vigencia de estos principios y valores, en particular asumiendo la representación de personas o grupos afectados en causas cuya solución supone la defensa de los derechos humanos (según art. 2 del Estatuto del CELS).

De manera temprana, distintos fallos judiciales han reconocido la legitimación del CELS para presentar acciones judiciales en defensa de intereses colectivos. A modo de ejemplo, el 10 de octubre de 2000, la Cámara Nacional Electoral trató puntualmente la cuestión de la aptitud procesal del CELS, a la luz del art. 43 CN, en una acción de amparo destinada a discutir el derecho al sufragio de las personas privadas de su libertad sin condena firme en su contra. En aquella oportunidad, la Cámara estableció que *"... de no otorgarse legitimación a una asociación como la que promueve la presente causa la norma contenida en el art. 43 de la Constitución Nacional quedaría convertida en letra muerta"* (CNac Electoral, "Mignone, Emilio Fermín s/promueve acción de amparo", Expte. Nro. 3108/99 CNE; Fallo N° 2807/2000; rta. 10/10/00). Esta decisión fue confirmada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, con relación a la legitimación del CELS, en el mes de abril del año 2002.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que la legitimación del CELS para promover esta acción está justificada por los intereses que se persiguen concretamente en ésta. Esto es, la protección de derechos humanos fundamentales reconocidos en nuestra Constitución Nacional y tratados internacionales sobre derechos humanos, a todas las personas migrantes que se encuentren bajo la jurisdicción del estado. Conviene indicar que desde su fundación el CELS ha presentado diversas acciones judiciales, tanto en ámbitos nacionales como internacionales, para la protección de los derechos que en esta acción se encuentran en juego. Conviene señalar, como ejemplo, la denuncia presentada ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el caso De la Torre, en el año 1999, en el que precisamente se puso en discusión las obligaciones del Estado argentino en materia de garantías de debido proceso y protección judicial efectiva de aquellas personas sometidas a trámites de expulsión y retención.

Por su parte, la Comisión Argentina para los Refugiados y Migrantes (CAREF) es una asociación civil, tal como figura en su estatuto, trabaja por los derechos de las personas migrantes, refugiadas y solicitantes de asilo desde 1973. Para ello brinda servicios profesionales de asesoramiento, orientación, capacitación y asistencia social y jurídica y a la vez propicia acciones que permitan la definición de políticas de Estado, en la materia.

Desde 2002, el CAREF, junto al CELS y la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (UBA) llevan adelante una Clínica de Derechos de Inmigrantes y Refugiados, asesorando y patrocinando un promedio de 300 casos anuales de personas migrantes y/o refugiados. A su vez, CAREF ha participado activamente en el proceso de reforma de la Ley de Migraciones en la Argentina (ley 25.871 de 2003) y en la elaboración de su decreto reglamentario aprobado en 2010, que inauguró un nuevo paradigma de las migraciones en el país desde una perspectiva armónica con los derechos humanos.

Por su parte, el Colectivo por la Diversidad (COPADI) tiene entre sus objetivos "Promover la real vigencia de los derechos humanos, para que los mismos sean gozados de un modo igualitario por los diversos grupos sociales." Y para ello, el estatuto de la asociación permite iniciar acciones judiciales o administrativas para promover la vigencia de los derechos". Conviene destacar el caso Bara Sako, un habeas corpus para la protección de migrantes de origen africano que eran detenidos de manera ilegal por funcionarios de las fuerzas policiales, y en los que el Superior Tribunal de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires, lo consideró como una práctica estatal que discriminaba a las personas por su origen racial.

Por ello, solicitamos a V.S. considere acreditada nuestra idoneidad para representar los derechos del grupo determinado y nos certifique como adecuados representantes de las personas migrantes en territorio argentino en los términos estipulados por la Corte Suprema Nacional en "*Halabi, Ernesto c/ PEN*" y la jurisprudencia posterior al respecto.

VI.- INTEGRACIÓN DEL COLECTIVO AFECTADO:

Como hemos anticipado, el DNU 70/2017 crea un nuevo mecanismo, especial o de "excepción" que será aplicable a la mayoría de los supuestos contemplados en la Ley 25.871, para la expulsión del territorio argentino de las personas migrantes.

En efecto, el mecanismo instaurado posee evidentes diferencias con el regulado por la Ley 25.871, a saber:

(1.) altera el régimen de recursos administrativos ante órdenes de expulsión, tornándolo en ilusorio o inefectivo; (2.) limita las vías de impugnación judicial y el acceso a la justicia de personas migrantes ante decisiones de expulsión; (3.) amplía los supuestos para el dictado de detenciones preventivas en el marco de un procedimiento administrativo.

Además, la norma administrativa impugnada introduce **modificaciones al procedimiento administrativo migratorio** general previsto por la ley 25.871 que impactará en particular en aquellos trámites de expulsión del territorio, alcanzados o no por el Procedimiento especial sumarísimo migratorio que crea 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 (detención) por razones migratorias.

Por lo expuesto, tal como estableció la Corte Suprema Nacional en reiteradas oportunidades, el colectivo que esta parte pretende representar se conforma por todas aquellas personas migrantes sometidas a trámites administrativos de expulsión a los que se les afectan de manera actual o inminente, en aquellos aspectos comunes y como consecuencia de la aplicación general de las disposiciones del decreto 70/2017, sus garantías mínimas de debido proceso legal, tutela judicial efectiva, el derecho a la libertad ambulatoria y el derecho a la igual protección de la ley y a la no discriminación² (Conf. art. 2 inc. a Ac. 12/16 CSJN).

VII.- NULIDAD E INCONSTITUCIONALIDAD DEL DECRETO DE NECESIDAD Y URGENCIA 70/2017. INCUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS PARA SU DICTADO:

La norma administrativa que aquí impugnamos contiene una serie de graves fallas que la tornan nula, de nulidad absoluta e insanable y resulta, además, inconstitucional. por (1.) no ajustarse a los acotados márgenes del art. 99 inciso 3° de la Constitución Nacional, ya que no se verifican las circunstancias excepcionales ni razones de necesidad y urgencia habilitantes para su dictado; (2.) regular cuestiones de derecho penal, ámbito en el que el PEN tiene expresamente prohibido legislar.

VII.1.- LA EXCEPCIONALIDAD DE LOS DECRETOS DE NECESIDAD Y URGENCIA:

La reforma constitucional de 1994 incorporó la facultad del Poder Ejecutivo Nacional de dictar decretos de necesidad y urgencia. No obstante, el constituyente fue claro al establecer que, como regla, el PEN no podrá hacer uso laxo de esta herramienta, otorgándole

² En idéntica línea argumental la Corte Suprema Nacional sostuvo "...esta Corte entiende que la admisión formal de toda acción colectiva requiere la verificación de ciertos recaudos elementales que hacen a su viabilidad tales como la precisa identificación del grupo o colectivo afectado, la idoneidad de quien pretenda asumir su representación y la existencia de un planteo que involucre, por sobre los aspectos individuales, cuestiones de hecho y de derecho que sean comunes y homogéneas a todo el colectivo...", en autos "Halabi Ernesto c/ PEN", Consid. 20 de la mayoría.

un carácter de evidente excepcionalidad. El texto mismo de la norma no admite demasiadas interpretaciones pues afirma *"El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo"*.

Con relación al carácter excepcional de esta herramienta, nuestro máximo tribunal sostuvo *"...las palabras escogidas en su redacción 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..."* (Fallos: 333:633) (el destacado nos pertenece).

Incluso, en el fallo reseñado, la jueza Carmen Argibay afirmó la existencia de una presunción de inconstitucionalidad de este tipo de normas, señalando que *"cualquier disposición de carácter legislativo emitida por el Poder Ejecutivo debe reputarse prima facie inconstitucional."*

El Ejecutivo solo puede recurrir al DNU, como herramienta normativa de excepción, cumpliendo con los estrictos requisitos previstos en la Constitución. A su vez, esta situación de excepcionalidad exige que **los tribunales de justicia un realicen escrutinio estricto para analizar el cumplimiento de los requisitos formales y sustanciales para la validez del DNU**, velando por la división de poderes y el respeto de la Constitución

En base al marco constitucional y jurisprudencial señalado, vemos que si bien la Constitución reconoce la facultad del presidente de dictar decretos de necesidad y urgencia, introduce al mismo tiempo un conjunto de procedimentales y sustantivos y de controles que limitan esa atribución del Ejecutivo, que el DNU que impugnamos no cumple. A saber:

VII.1.a.- El DNU 70/17 no cumple con la exigencia de circunstancias excepcionales ni razones de necesidad y urgencia:

El primer requisito que el art. 99 inc. 3 estableció para el dictado de un DNU, exige que, debido a circunstancias excepcionales, se torne imposible seguir los trámites ordinarios previstos por la Constitución Nacional.

En armonía con lo expuesto, la Corte Suprema Nacional sostuvo que el PEN solo podrá utilizar un DNU (1.) cuando haya imposibilidad material de que se reúna el poder legislativo; o (2.) cuando una situación de urgencia exija una solución inmediata incompatible con el plazo del trámite ordinario de las leyes (fallos 322:1726; 333:633; 338:1048, entre otros).

Por lo tanto, si V.S. se detiene en los requisitos habilitantes y límites para el dictado de un DNU observará, como hecho público y notorio, que el caso aquí planteado no se

enmarca en el contexto que describe el primer supuesto fáctico, vale decir, es indiscutible que no existen circunstancias de fuerza mayor que impidan a los miembros del Congreso Nacional sesionar. Por lo que, al quedar eliminada la primera opción, el DNU puesto en crisis debió haberse dictado en respuesta a un conflicto urgente que requiera una solución inmediata y que, por ello, no pueda solucionarse a través de los tiempos que imponen los carriles legislativos normales (inclusive con la posibilidad de llamar a sesiones extraordinarias).

Sobre la segunda opción que habilita el uso del DNU, podrá observarse que las consideraciones del acto administrativo tampoco expresan la existencia de motivos urgentes. Por ejemplo, entre los considerandos del DNU figura la necesidad de perfeccionar la legislación migratoria; sin embargo, dicha tarea pertenece al Congreso de la Nación (Conf. por ejemplo, art. 75 inc. 18 CN).

Como motivación, la norma impugnada sólo alega que los procesos en materia migratoria pueden prolongarse por plazos demasiado extensos; que es elevado el número de extranjeros encarcelados en el sistema penitenciario federal y que la permanencia de extranjeros con antecedentes delictivos *"frustra en cierta medida"* el objetivo de velar por el orden internacional y la justicia de la ley de migraciones.

Más allá de los sesgados datos que incorpora el DNU, ninguno de ellos da cuenta de cuál es la situación de urgencia que amerita medidas inmediatas, ni mucho menos de por qué no se puede recurrir al Congreso para que aborde estos temas.

A contrario sensu, el deber de "velar por el orden internacional y la justicia" se traduce en la obligación del Estado de cumplir con los Tratados Internacionales (Conf. Art. 3 inc. a Ley 25.871), mas no de reducir notablemente el derecho de defensa de un grupo de personas que ha sido tradicionalmente postergado y/o débilmente protegido.

Más aún, siguiendo las propias palabras del DNU, surgen dudas acerca de que exista un contexto de emergencia cuando tal situación frustra sólo "en cierta medida" el cumplimiento de un objetivo. La expresión empleada denota la falta de contundencia de los argumentos ofrecidos.

Por otro lado, de la norma atacada surge que las modificaciones normativas introducidas no pretenden dar solución a ninguna situación de urgencia, sino sólo modificar ciertos aspectos del régimen legal vigente en materia de migraciones. Textualmente sostiene *"que la necesidad de trabajar incesantemente en el perfeccionamiento del orden normativo migratorio tiene crucial importancia frente a fenómenos actuales como la globalización, la internacionalización del turismo y el crecimiento del crimen organizado internacional"*. Como se advierte, la contradicción con las exigencias de la Constitución Nacional es palmaria: nada más lejos de una situación de urgencia que el *"perfeccionamiento"* de la legislación migratoria

que requiere un trabajo *"incesante"* para adaptar la legislación nacional a los diversos contextos nacionales e internacionales. Por supuesto que esta es una materia sobre la que el PEN puede impulsar cambios normativos para implementar su política, pero para eso está el Congreso Nacional.

Por otra parte, el decreto indica que *"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, lleva más de siete (7) años de tramitación"*.

Cabe preguntarse entonces ¿cuáles son los hechos de público y notorio conocimiento que ameritan el dictado del DNU? El PEN afirma la existencia de determinados problemas sin ahondar en las causales específicas, alternativas analizadas para intentar resolver la cuestión, o los efectos positivos esperados por el cambio de normativa introducida. No alcanza con justificar un DNU con afirmaciones generales como "público y notorio". Por el contrario, el constituyente exigió un esfuerzo de fundamentación definitivamente mayor, que además pueda conectar la situación descrita con la necesidad y la urgencia. Más aún, si esta es la justificación, las normas introducidas modifican mucho más que los nuevos problemas de duración de los procedimientos de expulsión ante delitos graves.

En este sentido, el decreto indica que *"la población de personas de nacionalidad extranjera bajo custodia del Servicio Penitenciario Federal se ha incrementado en los últimos años para alcanzar en 2016 el Veintiuno coma treinta y cinco por ciento (21,35 %) de la población carcelaria total"*.

En el párrafo siguiente el Poder Ejecutivo argumenta que, considerando que los extranjeros alcanzan el 4,5% del total del país, la población carcelaria extranjera se encuentra *"altamente representada entre los detenidos"*, atendido el hecho de que *"en relación a los delitos vinculados a la narcocriminalidad, se observa que el treinta y tres por ciento de las personas bajo custodia del Servicio Penitenciario Federal son extranjeros"* (El destacado nos pertenece).

En realidad, el PEN presenta datos estadísticos de manera sesgada, afirmando -en un mismo párrafo- que los extranjeros apenas son el 4,5% de la población total del país, pero que a su vez constituyen un 33% de las personas encarceladas por "narcocriminalidad", dando la impresión de que tienen una especial sobre-representación en la comisión de delitos.

Sobre este punto, cabe señalar que el PEN utiliza exclusivamente los datos de los establecimientos federales, obviando el hecho de que varias provincias han *desfederalizado* ciertas figuras asociadas a la ley de drogas (23.737). En efecto, si se considera el total de la

población detenida por delitos de la ley 23.737, en establecimientos provinciales y federales, el número presentado por el PEN cae a la mitad, alcanzado apenas el 17%. El otro 83% son nacionales.

A su vez, si se considera el total de población carcelaria en la República Argentina, los porcentajes totales de personas migrantes privadas de su libertad en el sistema penal argentino, apenas ronda el 6%³. Este porcentaje se aleja bastante del 33% presentado por el PEN y se acerca mucho más al 4,5% del último censo (que, vale recordar, fue en 2010, hace siete años).

No planteamos ante V.S. que los datos presentados por el PEN en la fundamentación del DNU 70/17 sean errados sino que se trata de datos estadísticos verdaderos, pero presentados de forma engañosa, para justificar una supuesta emergencia producida por la especial participación de las personas migrantes en la comisión de delitos, cuestión que no es tal y que no justifica la utilización de tan excepcional herramienta constitucional.

En la misma línea, la norma impugnada afirma *“que la aplicación de las normas vigentes conduce al desarrollo de procedimientos administrativos y actuaciones judiciales de muy prolongada extensión, los que en algunos casos puede demorar más de cuatrocientos (400) días hábiles”,* agregando que ello *“suscita incertidumbre al extranjero – respecto de su situación migratoria – y dificulta a la Dirección Nacional de Migraciones el cumplimiento de su misión de garantizar el orden legal migratorio, lo que en última instancia repercute en la seguridad pública”*.

Nuevamente se alegan hechos que están bien lejos de configurar un caso de emergencia tal que amerite una solución inmediata por fuera del trámite ordinario de las leyes. No hay ninguna indicación de cuál es la situación de urgencia que acarrea la prolongación de esos trámites.

Con lo expuesto no pretendemos discutir la necesidad de mejorar la duración de los procedimientos administrativos o judiciales, sino dejar en claro que el PEN posee otras herramientas para alcanzar dichos fines, por ejemplo, el tan difundido proyecto de gobierno titulado "Justicia 2020", creado para asegurar el "diálogo institucional y ciudadano en la construcción de una justicia cercana a la comunidad, moderna, transparente e independiente"⁴.

Por esa razón, como podrá advertir V.S, la necesidad de discutir la duración de procesos administrativos o judiciales de ninguna manera puede ser el eje de una declaración

³ Véase las estadísticas del Servicio Nacional de Estadísticas sobre Ejecución de la Pena (SNEEP), del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

⁴ Programa disponible en <https://www.justicia2020.gob.ar>

de urgencia que requiera medidas inmediatas imposibilitando recurrir al trámite ordinario de las leyes. Es que, si la tesis de la urgencia fuese cierta, bastaría alegar que los procesos civiles duran en promedio varios años hasta el dictado de una sentencia para que el Poder Ejecutivo pudiera reformar a voluntad el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, argumento a todas luces inaceptable.

En ese sentido, la referencia que el Poder Ejecutivo alega en el decreto sobre la necesidad de *“trabajar incesantemente en el perfeccionamiento del orden normativo migratorio”* y de disminuir el plazo de ciertos procedimientos administrativos y judiciales termina por evidenciar que el decreto, lejos de constituir una decisión coyuntural destinada a remediar una situación excepcional, introduce normas permanentes que modifican leyes sancionadas por el congreso.

La Corte Suprema Nacional rechazó este tipo de prácticas a través de Decretos de Necesidad y Urgencia, al sostener *“...las modificaciones introducidas por el Poder Ejecutivo a la ley 20.091 no traducen una decisión de tipo coyuntural destinada a paliar una supuesta situación excepcional en el sector, sino que, por el contrario, revisten el carácter de normas permanentes modificatorias de leyes del Congreso Nacional...”* (Fallos: 333:633).

Esto es precisamente lo que sucede con el decreto que nos ocupa, al introducir normas permanentes que modifican la ley 25.871. No hay urgencia, no hay situación excepcional, sólo una intención de modificar la legislación en materia migratoria, violentando la división de poderes, y las garantías mínimas básicas de debido proceso y acceso a la justicia en condiciones de igualdad y no discriminación.

A su vez, este DNU contiene una vaga referencia a las razones que motivaron el dictado del Decreto 228/16 que declaró la emergencia en seguridad pública. Sobre este aspecto, tan sólo señalaremos que la creación de una situación de emergencia no puede estar dada por una declaración previa del propio Poder Ejecutivo, que en nada refiere al tema migratorio. Por ello, los argumentos esbozados para el dictado del decreto 228/16 no justifican el dictado del DNU aquí impugnado. Porque además, aún con la aplicación de este nuevo marco regulatorio, la disminución de los trámites se hará de forma paulatina.

No queda claro si el PEN pretende decir que la duración de los procedimientos para la expulsión de migrantes acusados de delitos o sobre los que pesan infracciones del tipo administrativa migratorias es un indicador cierto del avance del narcotráfico en Argentina. Si este fuera el caso, no hay ningún elemento de prueba aportado en la fundamentación.

Tampoco se explica cómo este problema de procedimiento migratorio genera una situación de emergencia en seguridad, ni por qué, si este es el diagnóstico, la reforma es más amplia y alcanza a cualquier figura delictiva con pena privativa de libertad. En todo caso, el DNU **esconde** una definición política que implica restringir la política migratoria y endurecer

los trámites como fórmula para hacer descender los índices de inseguridad del país. No pretendemos acá discutir esta afirmación del PEN sino remarcar que esa es justamente materia del Congreso Nacional.

Por otra parte, y sin perjuicio de todo lo expuesto, si bien es cierto que el Congreso se encuentra en receso, esto ocurre cada año con la regularidad que establecen las leyes, lo que hace inverosímil que nos encontremos ante una *"situación excepcional"* para el dictado del DNU 70. Además, el Presidente siempre tiene la facultad de convocar a sesiones extraordinarias si lo estima conveniente. Sobre esta opción, vale recordar que el decreto se publicó a casi un mes de la apertura de sesiones ordinarias y no existía obstáculo alguno para que el Presidente convocase a sesiones extraordinarias para el 1ro. de febrero de 2017. Es decir, el PEN bien podría haber convocado a sesiones extraordinarias solo dos días después de la publicación del DNU en el Boletín Oficial.

Sobre este aspecto, la Corte Suprema Nacional sostuvo "...cabe recordar que la mera conveniencia de que por un mecanismo más eficaz se consiga un objetivo de gobierno en modo alguno justifica la franca violación de la separación de poderes que supone la asunción por parte de uno de ellos de competencias que sin lugar a dudas corresponden a otros..."⁵ (el destacado nos pertenece). La verdadera intención del PEN, entonces, fue sortear una discusión democrática que está reservada al recinto parlamentario.

Por los motivos expuestos, ha quedado acreditado que el DNU en crisis no se enmarcó en los supuestos fácticos habilitantes para su dictado. En consecuencia, tal como expresamente establece la CN, solicitamos a V.S. que lo declare nulo de nulidad absoluta.

VII.1.b.- El DNU 70/17: La afectación de la legitimidad democrática y el rechazo al debate abierto

Íntimamente relacionado con el punto anterior, V.S. debe reparar que la utilización de la excepcional figura del decreto de necesidad y urgencia cuando no están cumplidos sus requisitos constitucionales, vulnera asimismo el principio democrático del autogobierno colectivo.

En nuestro sistema democrático, el Congreso es el órgano donde está representada la voz del pueblo, y en donde se deben dar los debates políticos y morales sustantivos de nuestra sociedad. Mucho tiempo y discusión nos ha llevado conseguir los consensos necesarios para la sanción de la ley 25.871. En ese proceso, fue central la participación de las organizaciones de la sociedad civil y los movimientos sociales, especialmente aquellas organizaciones de personas migrantes en la Argentina, promoviendo una discusión amplia

⁵ CSJN, "Verrocchi, Ezio Daniel c/ Poder Ejecutivo Nacional - Administración Nacional de Aduanas s/ acción de amparo". 19 de agosto de 1999. Considerando 7°

para dejar atrás la ley de migraciones del gobierno de facto, dictada durante la última dictadura..

La legitimidad democrática, entonces, está dada por la confianza que tenemos en que luego del debate de buena fe, de acuerdo a ciertos prerequisites necesarios para asegurar las reglas de juego (por ejemplo, libertad de expresión, igualdad de todos los participantes, una persona un voto), la decisión a la que se arribe será la que como sociedad consideramos correcta.⁶ Al menos, nuestra democracia nos da muchas más razones para confiar en que esa decisión será la correcta frente a otra tomada por una sola persona sin el debate previo. Y en el decreto de necesidad y urgencia, que aquí impugnamos, ocurre esto último.

Y por esto es que resulta necesario que el dictado de un DNU esté estrictamente sujeto a los requisitos constitucionales. La aprobación de un DNU sin debate ni discusión previa --como en este caso--, que introduce modificaciones sustantivas a la política decidida democráticamente por el Congreso luego de una extensa deliberación pública, nos privan como sociedad del derecho a participar en la discusión sobre su corrección.

El diseño del control legislativo, a su vez, regulado en la ley 26.122, no permite un control democrático propiamente tal, en que se puedan discutir las decisiones del Ejecutivo con la posibilidad de modificar las normas implantadas por decreto. Esto nos priva a los interesados en temas de migración, y a todo el resto de la sociedad, del derecho a participar en el autogobierno.⁷

Tenga en cuenta V.S. que conforme a la Constitución y la ley 26.122 los decretos de necesidad y urgencia son una forma de legislación anómala o excepcional, basada en sus tres prerequisites de necesidad, urgencia y no invasión de competencias prohibidas. Ese carácter excepcional es lo que habilita al dictado del DNU en receso del Congreso; impone el tratamiento urgentísimo en la Comisión según la ley 26.122, y particularmente habilita a la convalidación con el voto de la mayoría de una sola de las cámaras del congreso, aunque ambas deben pronunciarse. Y si bien, con lograr que una lo haga, el texto mantiene la vigencia (arts. 17 y 24), ello es claramente diferente del régimen constitucional común, sobre todo porque no exige mayorías especiales como la de la insistencia de una cámara.

Por ello, y más allá del trámite legislativo que tenga el DNU 70/2017, solicitamos que V.S. al momento de evaluarlo tenga muy en cuenta las condiciones de validez de una norma de esas características y su contraste con las reglas del sistema democrático.

⁶ Ver Nino, Carlos Santiago, *La Constitución de la Democracia Deliberativa*, Gedisa, Barcelona, 1997, capítulo 5.

⁷ Ver Jeremy Waldron, *Derecho y Desacuerdos*, Marcial Pons, Madrid, 2005, capítulo X, "La participación: el derecho de los derechos". Allí, el autor cita a William Cobbet, que en 1829 dijo que "El gran derecho de todo hombre, el derecho de los derechos, es el derecho a tomar parte en la creación de las leyes, a las que el bien de la totalidad obliga a someterse."

VII. 2. LOS DECRETOS DE NECESIDAD Y URGENCIA TIENEN EXPRESAMENTE PROHIBIDO LEGISLAR EN MATERIA PENAL. EL DNU 70/2017 AVANZA SOBRE ESA MATERIA VEDADA POR EL 99 INC. 3 DE LA CN

El DNU tampoco respeta los límites materiales que el art. 99 inc.3 CN le establece, pues legisla sobre materia penal cuando lo tiene expresamente prohibido.

VII.2.a Interpretación restrictiva de las facultades legislativas del presidente e interpretación amplia del alcance de la prohibición

En este punto, es importante recordar que la pauta constitucional prevista en el artículo 99.3 establece como regla general que el *"Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo"*. Y a modo de excepción de esta regla general, la CN habilita al Ejecutivo a ejercer facultades legislativas ante *"circunstancias excepcionales"* y *"por razones de necesidad y urgencia"*. Como es unánimemente afirmado, esta habilitación para legislar al PE debe ser interpretada de forma restrictiva en cuanto a sus alcances. El cumplimiento de los requisitos constitucionales debe pasar por un escrutinio estricto, que limite el ejercicio de esta competencia excepcional. En este marco, la CN estableció prohibiciones absolutas para el Ejecutivo que no podrá legislar por medio de decretos de necesidad y urgencia sobre determinadas materias: *"penal, tributaria, electoral o de régimen de los partidos políticos"*. Son asuntos que están vedados a toda regulación por DNU aun en situaciones excepcionales o de emergencia.

En particular, en la medida que la habilitación legislativa impone una interpretación restrictiva de la competencia del PE, las prohibiciones absolutas establecidas por el constituyente (las materias vedadas) deben siempre ser interpretadas de forma amplia. Así, al analizar en concreto un DNU y su adecuación al artículo 99.3, V.S. debe interpretar restrictivamente las facultades excepcionales del presidente y, por consiguiente, interpretar de manera amplia el alcance de las materia vedadas.

En el caso del DNU 70/17, el Ejecutivo además de incumplir los requisitos habilitantes del artículo 99.3 (*"circunstancias excepcionales"* y *"razones de necesidad y urgencia"*) excedió lo previsto en la norma constitucional y reguló sobre materia penal y tributaria, lo que le está vedado expresamente, en toda circunstancia.

VII.2.b Materia prohibida: violación al principio de legalidad. Creación de nuevos supuestos que habilitan la expulsión de personas migrantes y establecimiento de nuevos supuestos, requisitos y condiciones para la privación de libertad de las personas migrantes (retención)

Mediante la modificación de los artículos 29 y 62 el decreto del Ejecutivo aumentó los impedimentos de ingreso y permanencia, así como las causales de cancelación de residencia. De esta forma, el Ejecutivo amplió a su vez el espectro de personas que pueden ser alcanzadas por una orden de expulsión y, por cierto, de una medida privativa de libertad preventiva para asegurar el cumplimiento de dicha orden.

Es decir, el DNU 70/17 modificó la ley migratoria con dos objetivos: (i) incorporar nuevas causales de expulsión como consecuencia de condenas penales o procesamientos penales firmes por más cantidad de delitos a los que se les agrega la consecuencia jurídica de la expulsión (artículos 29 y 62); y (ii) establecer nuevos supuestos, condiciones y plazos para la privación de libertad de las personas migrantes que puedan ser objeto de un proceso de expulsión, en particular, ampliar sustantivamente el instituto de la retención preventiva (artículos 69 y 70).

Tal como dijimos en el punto anterior, la interpretación sobre qué es *materia penal* en los términos del 99.3 debe ser amplia y no susceptible de una definición meramente formal.

Esto ya ha sido establecido para la *materia tributaria*, también vedada en forma absoluta por el mismo artículo 99.3 de la CN. En Fallos 326:417, la Corte Suprema sostuvo que la prohibición alcanza a los DNU que sean utilizados para obtener “**efectos jurídicos análogos**” a los de una confiscación o expropiación.⁸ Y agregó “...no es dudoso que a las prohibiciones expresas del citado art. 99 inc. 3, débense sumar otras que, como la indicada, resultan implícitamente consagradas por la necesaria articulación y armonización que las distintas cláusulas constitucionales reclaman entre sí...”.

Como explica Tawil la Corte ha sostenido en casos como *La Bellaca* que el principio general prohibitivo es absoluto en materia tributaria y que es atinado extender esa conclusión a todas las materias vedadas.⁹ En este punto, hay que interpretar que esto alcanza a supuestos en los que se pueden deducir efectos jurídicos análogos a las materias expresamente prohibidas aun cuando esto pueda quedar encubierto bajo otra supuesta área de regulación estatal.

En el caso concreto del DNU que impugnamos, se definen diversos presupuestos de hecho que al verificarse en los casos concretos generan efectos jurídicos que implican privación de libertad (inclusive en forma preventiva) y una expulsión del país. Al igual que la CSJN razonó en el fallo *Camaronera* (318:676), es importante evaluar la competencia del PEN para dictar este DNU por las consecuencias coactivas que derivan de su aplicación, asimilables en su mayor forma a las consecuencias de las normas penales.

⁸ CSJN, Sentencia, "Provincia de San Luis" en Fallos: 326:417, voto de Vazquez.

⁹ Ver Tawil, derecho procesal administrativo, pp. 660.

Si bien la CN se refiere expresamente a la *materia penal* debe interpretarse que la prohibición absoluta alcanza a regulaciones como las expulsiones y detenciones administrativas por razones migratorias, que por sus efectos jurídicos análogos pueden ser consideradas materia penal. En este sentido, puede decirse que los efectos de la norma administrativa son asimilables en su naturaleza a los efectos propios de la materia penal.

Ni siquiera se trata de una delegación del Congreso Nacional al PE para que complete la política migratoria definida legalmente. En este caso se trata de un acto del PEN por el que se definieron los supuestos derivados de casos penales o de irregularidades administrativas a los que les cabrá una expulsión y privación de libertad, cuestiones que hacen a la esencia de la regulación penal ("conducta y sanción", tal como lo definió la CSJN en el caso Legumbres SA) y que, por sus efectos, pueden ser asimilados.

La Corte Suprema de los Estados Unidos tuvo oportunidad de expedirse sobre la íntima relación entre el sistema penal y la consecuencia jurídica de la deportación, al analizar un caso en que el abogado defensor de una persona migrante acusada de delito no le advirtió respecto de las consecuencias migratorias que podría implicar un acuerdo con reconocimiento de culpabilidad.

Señaló la Corte norteamericana en 2010 que *"la deportación es una parte integral – incluso, en algunos casos la parte más importante– de la pena que se puede imponer a un imputado extranjero que se declara culpable de un determinado delito."*¹⁰ Y agregó que, si bien la expulsión no constituye en sentido estricto una sanción criminal, sí se trata de una penalidad *"particularmente severa"* y que, aun cuando el proceso de expulsión sea de naturaleza civil, se encuentra *"íntimamente ligada al proceso criminal"*. Por esto concluye que en la medida que los cambios "recientes" de la ley de migraciones la expulsión *"sea casi un resultado automático para una amplia clase de delincuentes no ciudadanos... es muy difícil divorciar la pena de la condena en el contexto de deportación."*¹¹

En efecto, el DNU 70/17 dispuso que la condena firme por la comisión de cualquier delito que merezca –en abstracto– pena privativa de libertad en contra de un extranjero, tendrá como efecto la cancelación automática de la residencia de la persona migrante (lo cual aumenta sustancialmente los casos respecto del régimen anterior). Tal es la gravitación de la modificación introducida por el DNU 70/17 en el artículo 62, con la provisión de una "cancelación automática" de residencia, que bien se podría agregar directamente en el Título

¹⁰ Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica, Padilla v. Kentucky, 559 U.S. 356 (2010), traducción propia. *"deportation is an integral part -indeed, sometimes the most important part- of the penalty that may be imposed on noncitizen defendants who plead guilty to specified crimes"*.

¹¹ Ver, Padilla vs. , 559 U.S. 356 (2010), traducción propia: *"And, importantly, recent changes in our immigration law have made removal nearly an automatic result for a broad class of noncitizen offenders. Thus, we find it "most difficult" to divorce the penalty from the conviction in the deportation context. United States v. Russell, 686 F. 2d 35, 38 (CADC 1982)."*

II del Código Penal -en donde se establecen las penas y sus formas de cumplimiento- que *"cualquier condena privativa de libertad por cualquier delito por cualquier tiempo implica la cancelación automática de la residencia"* y la consiguiente expulsión del país. Por supuesto que este punto en particular queda en tensión con el artículo 18 de la CN y las reglas del derecho internacional que dan contenido al principio de legalidad en su aspecto formal y material.

Por su parte, como ya dijimos, estas nuevas reglas del DNU amplían la potestad del órgano migratorio para solicitar la detención de personas migrantes durante el trámite en sede administrativa y las condiciones para solicitarla en la instancia judicial. El PEN modificó el instituto de la retención o detención por razones migratorias (previsto en el artículo 70) al extender los supuestos en que puede ser requerida (en forma preventiva y por razones de gravedad institucional), amplió los plazos para su mantenimiento y los ató al activismo recursivo administrativo o judicial que desplieguen las personas migrantes.

El DNU adelantó la oportunidad en la que se puede solicitar y decretar la detención de una persona, aun antes del dictado de la orden de expulsión. Mientras que el artículo 70 establecía que sólo se podría pedir la "retención cautelar" para asegurar el cumplimiento de una orden de expulsión ya dictada, el artículo 69 bis la habilita desde *"el inicio del procedimiento"*. De esta forma, al constatarse alguno de los supuestos de los artículos 29 y 62 podría requerir la inmediata detención de la persona migrante incurso en alguna de estas causales.

Por último, el DNU aumentó considerablemente los plazos habilitados para la privación de libertad y dispuso que la interposición de recursos suspende el cómputo de los plazos máximos de detención. De esta forma, se habilita una extensión indefinida de la privación de libertad, sujeta a la actividad recursiva de la persona detenida que, precisamente, acude a la justicia para cuestionar la legalidad y arbitrariedad de la medida.

De acuerdo al precedente Bulacio de la Corte IDH: *"nadie puede verse privado de la libertad sino por las causas, casos o circunstancias expresamente tipificadas en la ley (aspecto material), pero, además, con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos en la misma (aspecto formal)."*¹² El aspecto formal refiere a que las autoridades que desplieguen acciones restrictivas a la libertad ambulatoria deben acatar un procedimiento previamente establecido y fijado en las normas. Como lo expresamos, la privación de libertad de personas extranjeras sometidas a trámites de expulsión, por sus efectos, debe ser asimilada a la materia penal prohibida por el art. 99.3 de la CN.

En el Caso Vélez Lóor vs. Panamá, la Corte Interamericana señaló que: *"[e]n una sociedad democrática el poder punitivo sólo se ejerce en la medida estrictamente necesaria"*

¹² Corte IDH, "Caso Bulacio Vs. Argentina". Sentencia de 18 de septiembre de 2003, párrafo 125.

*para proteger los bienes jurídicos fundamentales de los ataques más graves que los dañen o pongan en peligro. Lo contrario conduciría al ejercicio abusivo del poder punitivo del Estado. En igual sentido, el Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria sostuvo que el derecho a la libertad personal 'exige que los Estados recurran a la privación de libertad sólo en tanto sea necesario para satisfacer una necesidad social apremiante y de forma proporcionada a esa necesidad'*¹³. Es decir, si bien el SIDH habilita a los Estados a privar de libertad a personas migrantes por razones administrativas, lo hace bajo ciertos parámetros y condiciones similares a los reclamados para las detenciones por razones penales o que impliquen el ejercicio del poder de policía. Esto es así justamente porque asimila sus efectos y consecuencias jurídicas al entender que se trata de las actividades estatales que ponen en más riesgo los derechos fundamentales de grupos vulnerables. Por ello, las reviste de las más altas garantías legales y judiciales.

Así, es claro que la inclusión de la prohibición absoluta de regular por DNU aquellos asuntos de "materia penal" responde a la intención del constituyente de proteger a las personas frente al ejercicio abusivo del poder punitivo del Estado. De esta forma, prohíbe al presidente el ejercicio de facultades legislativas que puedan tener como consecuencia, entre otras cosas, la privación de libertad de las personas. En este punto, insistimos, uno de los bienes jurídicos tutelados por dicha prohibición es la libertad ambulatoria.

En este sentido, la jurisprudencia ha entendido la íntima relación existente entre el instituto de la retención y el poder punitivo estatal al sostener que las retenciones prolongadas pueden constituir penas o evaluar su razonabilidad comparando los plazos de retención con las penas previstas para los delitos comunes.

Por ejemplo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación señaló en Fallos: 202:287 "Nauchiche", que la *"circunstancia de mediar una orden de expulsión de un extranjero... no autoriza al Poder Ejecutivo, ni aún durante la vigencia del estado de sitio, a prolongar su detención más allá del límite en que la medida se convierte en la aplicación de una pena sin ley"*. Esta doctrina fue seguida por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, en el precedente Pérez, Maricel¹⁴, señalando que *"la detención de una residente ilegal a los fines de su expulsión (a pesar de que la orden se encontrare firme) no puede traducirse en la privación de libertad por lapso que excedería al que corresponde a sospechosos por la comisión de delitos."* En el caso Lin Wun Qiang¹⁵ también consideró que el cómputo del tiempo que llevaba privado de su libertad el ciudadano extranjero era irrazonable ya que éste resultaba equiparable al mínimo de algunas penas que prevé nuestra legislación penal para delitos comunes.

¹³ Corte IDH, "Caso Vélez Loor Vs. Panamá". Sentencia del 23 de noviembre de 2010, párrafo 170

¹⁴ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Nacional, Sala 5, 18/3/2002, Pérez, Maricel s/ Habeas Corpus.

¹⁵ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Nacional, Sala 7, 30/10/2003, Lin Wun Qiang s/ habeas corpus.

VII.2.c La política migratoria como herramienta de política criminal

De la justificación del decreto impugnado salta a la vista la profunda interrelación entre las medidas adoptadas en materia de política migratoria y los esfuerzos del Estado Nacional en el "combate contra el delito".

De acuerdo a la fundamentación del Decreto, con el endurecimiento de las condiciones de ingreso y permanencia en el país, el PEN se propone hacer frente a fenómenos como la *"globalización, la internacionalización del turismo y el crecimiento del crimen organizado internacional"*.

En este punto, el Ejecutivo destaca que la cantidad de *"personas de nacionalidad extranjera bajo custodia del Servicio Penitenciario Federal se ha incrementado"* y que, específicamente, *"por infracción a la Ley N° 23.737 está altamente representada"*. De esta forma, el PEN presenta un cuadro de situación en que la cantidad de extranjeros detenidos ha aumentado y se encuentra sobrerrepresentada en la comisión de delitos *"vinculados a la narcocriminalidad"*.

A su vez, señala que *"ante recientes hechos de criminalidad organizada de público y notorio conocimiento"* el Estado Nacional ha *"enfrentado severas dificultades para concretar órdenes de expulsión."* Acto seguido, el Decreto señala que *"la permanencia de los extranjeros con antecedentes delictivos —durante el extenso proceso recursivo actual— atenta contra [el] objetivo"* de *"velar por el orden internacional y la justicia"*.

Asimismo, para fundar la necesidad de eliminar instancias recursivas y establecer plazos breves de impugnación, el PEN señala que *"la prolongada extensión"* de los procedimientos administrativos y judiciales, *"en última instancia repercute en la seguridad pública"*.

De esta forma, argumenta el PEN, *con las modificaciones introducidas por el DNU se busca imprimir mayor celeridad al procedimiento [...] resguardando debidamente la seguridad pública.*

Por su parte, en el marco de las estrategias de persecución y sanción del delito, el DNU introduce una dispensa especial para el *"migrante que preste auxilio a la justicia en el esclarecimiento de delitos contra el orden migratorio"*, en una especie de *"arrepentido migratorio"*. Recordemos que la ley 27304, que introdujo esta figura en el sistema penal argentino fue, precisamente, sancionada por el Congreso Nacional mediante una modificación de la norma penal sustantiva.

De esta forma, aparece diáfana la relación entre las modificaciones introducidas por el DNU y los objetivos en materia de seguridad y persecución penal. En el marco de su "lucha contra el narcotráfico", el PEN endurece la política migratoria aumentando los supuestos expulsión y en los que las personas migrantes pueden ser privados de libertad.

VII.2.d Base de datos migratoria: artículo 51 del Código Penal y ley 22.117

El DNU tampoco respeta los límites materiales que el art. 99 inc.3 CN le establece, al modificar los efectos del artículo 51 del Código Penal y crear un registro especial por fuera de lo normado en la Ley 22.117.

De acuerdo a los considerandos del DNU, la demora en la concreción de los trámites de expulsión es una circunstancia que le dificulta a la autoridad migratoria *"el cumplimiento de su misión de garantizar el cumplimiento de la ley, lo que en última instancia repercute en la seguridad pública".* También afirma que *"existe una baja proporción entre la cantidad de expulsiones dispuestas por la autoridad migratoria competente, fundadas en la existencia de antecedentes penales, y las efectivamente concretadas".* En consecuencia, sostiene que ante *"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".*

Ahora bien, para alcanzar estos objetivos una de las medidas que tomó el PEN fue ordenar a jueces e integrantes del Ministerio Público Fiscal que comuniquen a la Dirección Nacional de Migraciones *"todo auto procesamiento firme, cierre de la investigación penal preparatoria o acto procesal equiparable y toda condena por delito penal dictada contra un extranjero en el plazo de cinco (5) días hábiles de producido"* (Conf. art. 29 in fine DNU 70).

Es decir, la autoridad migratoria recibirá información vinculada con la existencia de causas penales por fuera de las reglas fijadas por la ley 22.117; norma complementaria del art. 51 del Código Penal de la Nación que regula la gestión de información vinculada con antecedentes penales por parte del Registro Nacional de Reincidencia.

El art. 51 del Código Penal dispone que *"Todo ente oficial que lleve registros penales se abstendrá de informar sobre datos de un proceso terminado por sobreseimiento o sentencia absolutoria. En ningún caso se informará la existencia de detenciones que no provengan de la formación de causa, salvo que los informes se requieran para resolver un hábeas corpus o en causas por delitos de que haya sido víctima el detenido".*

Esta regulación se complementa con la Ley 22.117, al establecer que el Registro Nacional de Reincidencia debe centralizar la información referida a los procesos penales sustanciados en cualquier jurisdicción, conforme al régimen que fija (Conf. art. 1 Ley 22.117).

Por su parte, el art. 2 de la mencionada ley 22.117 establece que *"los tribunales del país con competencia en materia penal, remitirán al Registro dentro de los cinco (5) días de quedar firme, dejando copia en la causa, testimonio de la parte dispositiva de los siguientes actos procesales"*, entre otras cuestiones, de *"a) Autos de procesamiento u otra medida equivalente que establezcan los códigos procesales"* e *"i) Sentencias condenatorias, indicando la forma de su cumplimiento y acompañando la ficha de antecedentes con fines estadísticos;"*

Es decir, según dispone el DNU 70/17, en los supuestos de personas extranjeras, los jueces y fiscales deberán realizar una comunicación doble, cuando se refiera a la existencia de los actos procesales señalados.

A su vez, es importante preguntarse por qué el DNU establece que los jueces e integrantes del Ministerio Público Fiscal deben informar a la Dirección Nacional de Migraciones, cuando esa información puede requerirse al Registro Nacional de Reincidencia, que es el organismo competente.

El art. 8 de la mencionada ley 22.117, establece que el Registro de la información vinculada con causas penales será *"reservado y únicamente podrá suministrar informes:*

a) A los jueces y tribunales de todo el país;

b) Cuando las leyes nacionales o provinciales lo determinen;

c) A la Gendarmería Nacional, Prefectura Naval Argentina, Policía Federal Argentina y policías provinciales, para atender necesidades de investigación; [...]"

Es decir, y tal como afirmó la jurisprudencia, el art. 51 del Código Penal contiene un conjunto de reglas que apuntan al resguardo de la persona frente a los registros estatales que puedan afectar el principio de inocencia, así como a evitar efectos perpetuos de las condenas penales en aras de superar la estigmatización generada por el registro (cf. CNCP, Sala IV, "García C", del 06/11/00, voto del Dr. Hornos y, en sentido concordante, Corte de Justicia de San Juan, Sala II, Expte. N° 5223 "c/ VIGNOLI, César Esteban por estafas reiteradas – CASACIÓN", 19/10/2010).

En este marco de protección de los derechos de las personas que están incluidas en dichos registros, la Ley 22.117 establece pautas expresas para el tratamiento de la información personal regulando qué actos procesales deben comunicarse, a quién, con qué finalidad y en qué plazos. El legislador decidió no incluir a la Dirección Nacional de Migraciones como organismo de registro en dicha norma.

Sin embargo, mediante el DNU 70/17 el Ejecutivo ordenó informar los procesamientos, cierre de la investigación penal preparatoria o acto procesal equiparable y las condenas penales dictadas contra cualquier persona extranjera, creando de esta forma

un nuevo registro especial con la información de todos los extranjeros del país en contacto con el sistema penal argentino.

En este sentido, debemos recordar que son muchas las agencias del Estado que requieren, para el ejercicio de sus funciones, el conocer los antecedentes penales de las personas. Es el caso, por ejemplo, del RENAR, las direcciones locales de licencias de conducir, las Fuerzas Armadas, el Ministerio Público, etc. Sin embargo, estas agencias no son notificadas de todas las condenas penales que dictan los tribunales argentinos, salvo disposición expresa de la Ley (conf. art. 8, ley 22.117). Dichas agencias no producen bases de datos generales o registros especiales con los antecedentes penales de todas las personas que pueden caer en su órbita sino que, por el contrario, cada caso individual se trata específicamente. Es el particular interesado quien presenta un certificado de antecedentes (emitido por el Registro Nacional de Reincidencia) o, en todo caso, la agencia interesada lo puede solicitar expresamente al Registro competente.

De lo expuesto cabe preguntarse entonces si las modificaciones introducidas por el DNU impugnado no terminan por regular normativamente cuestiones que hacen a la relación de los habitantes con el sistema penal, en particular, de quedar en una base de datos migratoria, máxime si consideramos que, como expusimos, la ley 22.117 es complementaria al Código Penal de la Nación (conf. Artículo 14 de la ley mencionada).

VII.3. EI DNU 70/20 LEGISLA EN MATERIA TRIBUTARIA VEDADA POR EL ART. 99 INC. 3 DE LA CN

Sin perjuicio de las restantes nulidades que adolece el DNU aquí impugnado, también es nulo por haber legislado sobre materia tributaria¹⁶; área que este tipo de decretos tienen expresamente vedada por la propia Constitución Nacional (Conf. art. 99 inc. 3).

Concretamente la ley 25.871 estableció que, hasta tanto la persona migrante obtenga residencia permanente, temporaria o transitoria, deberá obtener una autorización de "residencia precaria", renovable cada ciento ochenta días corridos (Conf. art. 20 Ley 25.871).

Como se observa, la ley nacional de Migraciones estableció un procedimiento administrativo obligatorio¹⁷ para toda aquella persona migrante que pretenda habitar en

¹⁶ (a.) "...las tasas son prestaciones tributarias exigidas a aquellos a quienes de alguna manera afecta o beneficia una actividad estatal...", Villegas, Hector B., "Curso de finanzas, derecho financiero y tributario" Ed. Astrea, 2005 pp.169.; (b.) "...la tasa constituye una categoría tributaria también derivada del poder del impero del Estado, con estructura jurídica análoga al impuesto y del cual se diferencia únicamente por el presupuesto de hecho adoptado por la ley, que en este caso consiste en el desarrollo de una actividad estatal que atañe al obligado...", CSJN fallos 323:3370, remite al Dictamen de PGN.

territorio argentino, cuya tasa por el servicio prestado deberá ser afrontada por cada persona migrante interesada, conforme aparece en la página de la propia Dirección Nacional de Migraciones, disponible http://www.migraciones.gov.ar/pdf_varios/tasas/cuadro_tarifario.pdf.

En lo que respecta a los elementos que configuran el hecho imponible de la tasa, la ley 25.871 fue clara al delimitarlos: (a.) Aspecto material: obtención de residencia precaria; (b.) Aspecto personal: toda persona migrante en territorio argentino; (c.) Aspecto temporal: ciento ochenta días de vigencia de la residencia precaria; (d.) Aspecto espacial: el trámite será impulsado ante la Dirección Nacional de Migraciones; autoridad de aplicación de la norma en cuestión.

En cambio, el decreto 70/17 estableció que la residencia precaria tendrá un período de validez de noventa días corridos (Conf. art. 2 DNU 70/17), modificando el “aspecto temporal”¹⁸ del hecho imponible¹⁹ estipulado normativamente.

La modificación legislativa que ha introducido el PEN no es para nada menor ya que, además de reducir el plazo de validez de la residencia precaria, implica duplicar los montos que deberá erogar cada persona interesada para completar el procedimiento administrativo y obtener su residencia precaria, pues el trámite que antes debía renovarse cada ciento ochenta días, ahora debe realizarse cada noventa.

Sobre la exigibilidad en el pago de esta nueva tasa, la Corte Suprema Nacional sostuvo “...ninguna carga tributaria puede ser exigible sin la preexistencia de una disposición legal encuadrada dentro de los preceptos y recaudos constitucionales, esto es, válidamente creada por el único poder del Estado investido de tales atribuciones...” (fallos 316:2329). (el destacado nos pertenece).

A partir de lo expuesto, queda claro que el DNU 70/17 modificó las bases sustanciales de la tasa legalmente creada, por lo que desconoció el principio de reserva de ley que rige en materia tributaria e invadió facultades inherentes al Congreso de la Nación, único Poder constitucionalmente habilitado para la creación, modificación o eliminación de tributos (fallos 319:3400).

¹⁷ “...en caso de la tasa, desde el momento en que el Estado organiza el servicio y lo pone a disposición del particular, éste no puede rehusar el pago aún cuando no haga uso de aquél, o no tenga interés en el mismo, ya que el servicio tiene un mira el interés general...”, CSJN fallos 323:3370, remite al Dictamen de PGN.

¹⁸ VILLEGAS, Op. Cit., pp. 361.

¹⁹ “...la creación normativa de un tributo implica que su hecho imponible debe contener los siguientes elementos: la descripción objetiva de un hecho o situación (**aspecto material**); los datos necesarios para individualizar a la persona que debe encuadrarse en una de las situaciones previstas por la norma como hipótesis condicionante (**aspecto personal**); el momento en que debe configurarse o tenerse por configurada la realización del hecho imponible (aspecto temporal) y finalmente el lugar donde debe acaecer o tenerse por acaecida la “realización” del hecho imponible (**aspecto espacial**)...”, Villegas, Op. Cit. pp. 352. (el destacado nos pertenece).

Por ello, solicitamos a V.S. declare nulo de nulidad absoluta e insanable al decreto 70/17, al haber introducido modificaciones normativas con carácter de permanencia sobre materias que tiene expresamente vedadas.

VII.4 CONCLUSION. LA NULIDAD ABSOLUTA E INSANABLE DEL DNU 70/2017

Por ello, solicitamos a V.S. declare nulo de nulidad absoluta e insanable al decreto 70/17, al haber introducido modificaciones normativas con carácter de permanencia sobre materias que tiene expresamente vedadas.

VIII.- ILEGALIDAD, ILEGITIMIDAD E INCONSTITUCIONALIDAD DEL DECRETO 70/2017 POR LA VULNERACIÓN DE LAS GARANTÍAS MÍNIMAS DE DEBIDO PROCESO, EL DERECHO AL ACCESO A LA JUSTICIA Y TUTELA JUDICIAL EFECTIVA:

Tal como hemos señalado, en el apartado de Hechos de esta acción, el Decreto de Necesidad y Urgencia N° 70/17 introdujo modificaciones a la ley de migraciones 25.871 que implican una vulneración de las garantías mínimas del debido proceso legal, el derecho al acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva de las personas migrantes en la Argentina.

Las garantías de debido proceso previstas en el artículo 8 de la CADH, así como las obligaciones dimanadas del artículo 25 de la Convención, son aplicables a todo procedimiento estatal en el que se determinen los derechos y obligaciones de las personas en materia de derechos humanos. En el ya clásico caso Baena Vs. Panamá, la Corte IDH señaló que *“si bien el artículo 8 de la Convención Americana se titula “Garantías Judiciales”, su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, “sino [a] conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales” a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier tipo de acto del Estado que pueda afectarlos. Es decir, cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal.”*²⁰ (El destacado nos pertenece)

La Corte Suprema de Justicia Nacional ha señalado también que las garantías del debido proceso previstas en el artículo 8 de la Convención Americana son plenamente aplicables en los procedimientos administrativos en que la autoridad pública ejerce funciones materialmente jurisdiccionales, determinando derechos y obligaciones de los administrados. Así, señaló que en *“el estado de derecho la vigencia de las garantías enunciadas por el art. 8 de la citada Convención no se encuentra limitadas al Poder Judicial -en el ejercicio eminente de tal función- sino que deben ser respetadas por todo órgano o autoridad pública al que*

²⁰ Corte IDH, Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá, Sentencia de 2 de febrero de 2001, pág. 124

le hubieran sido asignadas funciones materialmente jurisdiccionales” (Losicer, Fallos: 335:1126, considerando 8°)

El artículo 25 de la CADH, por su parte, instaura una garantía específica destinada a proteger de manera efectiva a las personas frente a una vulneración de sus derechos y exige que los Estados prevean en sus ordenamientos jurídicos internos la creación de un **recurso sencillo, rápido y efectivo** para la protección y garantía de los derechos humanos. Es decir, que de acuerdo a las obligaciones del art. 25 de la CADH, además prever la posibilidad de revisión judicial de una vulneración de un derecho fundamental, con la posibilidad de establecer un remedio adecuado, el recurso debe ser posible de ser ejercido. Así, señala la Comisión que *“un recurso no es efectivo cuando es “ilusorio”, demasiado gravoso para la víctima”*.²¹ (El destacado nos pertenece).

Además de estos estándares vinculados a las garantías del debido proceso y la tutela judicial efectiva que se aplican plenamente –veremos en detalle en párrafos siguientes- a los procedimientos de expulsión de extranjeros, V.S. debe reparar en lo siguiente. Es precisamente en este tipo de procedimientos (de expulsión), que además pueden implicar privación de libertad, en los que Estado debe asegurar como mayor énfasis las garantías de debido y tutela judicial efectiva.

En efecto, el Sistema Interamericano sobre Derechos Humanos ha desarrollado un argumento en materia de garantías de debido proceso y tutela judicial efectiva que vincula la desigualdad real de condiciones –situación de hecho– con la obligación de los Estados de establecer, en estos casos, procedimientos que tomen en cuenta, seriamente, estas condiciones desiguales. Han sido precisamente en supuestos que involucran personas extranjeras en los que la Corte desarrolló, primeramente, esta obligación de los Estados. En la Opinión Consultiva 16, señaló que:

“Para alcanzar sus objetivos (se refiere al proceso judicial), 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”²².

²¹ *Ibíd.*

²² Cfr. Corte IDH, Opinión Consultiva OC-16/99“El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal”, del 1 de octubre de 1999, Párr. 120. El destacado es propio.

En este mismo sentido, nuestra Corte Suprema de Justicia lo ha señalado tomando el estándar de “situaciones de especial vulnerabilidad”. En estos casos, las reglas y garantías del debido proceso deben ser observadas con mayor ahínco, como es el caso de las personas sometidas a internaciones psiquiátricas (Tufano, Fallos: 328:4832).

La CSJN adhirió mediante la acordada 5/2009 a las **“100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad”**. Este cuerpo de recomendaciones normativas tiene por objeto garantizar las condiciones de acceso efectivo a la justicia de todas las personas en condiciones de igualdad real, reconociendo en particular que *“el desplazamiento de una persona fuera del territorio del Estado de su nacionalidad puede constituir una causa de vulnerabilidad, especialmente en los supuestos de los trabajadores migratorios y sus familiares”*²³. Entre otras cuestiones, el documento aprobado señala que *“se revisarán las reglas de procedimiento para facilitar el acceso de las personas en condición de vulnerabilidad, adoptando aquellas medidas de organización y de gestión judicial que resulten conducentes a tal fin”*.²⁴

En consecuencia, como adelantamos, estas garantías de debido proceso legal se deben aplicar en los trámites de expulsión con los alcances recién desarrollados. En particular, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha destacado que en *“materia migratoria [...] el debido proceso debe ser garantizado a toda persona independientemente del estatus migratorio, ya que el amplio alcance de la intangibilidad del debido proceso se aplica no solo ratione materiae sino también ratione personae sin discriminación alguna”*²⁵

Así, la Corte sostiene la aplicación irrestricta de las garantías de debido proceso en los procedimientos de expulsión o deportación de extranjeros, atendida la afectación de derechos que estas acciones estatales pueden implicar. Por esto, señala que *“cuando las autoridades migratorias toman decisiones que afectan derechos fundamentales, como la libertad personal, en procedimientos tales como los que puedan desembocar en la expulsión o deportación de extranjeros, el Estado no puede dictar actos administrativos o judiciales sancionatorios sin respetar determinadas garantías mínimas, cuyo contenido es sustancialmente coincidente con las establecidas en el numeral 2 del artículo 8 de la Convención y son aplicables en lo que corresponda”*.²⁶(El destacado nos pertenece).

²³ “100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad”, aprobadas por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana en 2008, *Capítulo I, Sección 2ª, punto 6.*

²⁴ “100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad”, Capítulo II, Sección 4ª

²⁵ Corte IDH, Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana. Sentencia 24 octubre 2012, párr. 159.

²⁶ Corte IDH, caso “Familia Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional de Bolivia”, sentencia de 25 de noviembre de 2013, párr. 132

A su vez, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado en su informe sobre personas migrantes que *"los 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"*²⁷ (El destacado nos pertenece). Y destacó que *"las personas migrantes deben tener y gozar efectivamente del derecho a ser escuchadas para alegar lo que estimen correspondiente y así defender sus derechos en el marco de procedimientos de carácter sancionatorio, tal como son los que resultan en la expulsión o deportación [...] la persona debe contar con la oportunidad de reunir evidencias u otros materiales para fundar su caso ante la autoridad que lo ha privado de su libertad, o al inicio del procedimiento. En razón de lo anterior, los procedimientos sumarios de deportación o las políticas de devolución directa resultan contrarios a las garantías del debido proceso en tanto privan a los migrantes, solicitantes de asilo o refugiados del derecho a ser oídos, a defenderse de manera adecuada y a impugnar su expulsión."*²⁸

La Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha pronunciado respecto de la aplicación de las garantías de debido proceso en el marco de la ley migratoria 25.871. Conforme lo señalado en el caso Zhang, de Fallos: 330:4554, considerando 8°. Allí la Corte analizó el cambio de legislación entre la ley de la última dictadura militar 22.439 y la ley de migraciones de la democracia, 25.871, y dijo que *"el art. 29 determina una serie de impedimentos al ingreso y permanencia de extranjeros, entre los que no se encuentra la "proclividad al delito", causal bajo la cual se negó el pedido oportunamente. Por el contrario, se abandonó esa categoría sustancialmente subjetiva para establecer la necesidad en todos los casos, de la existencia de una condena penal (confr. incs. c, f, g y h, del artículo citado), requisito esencial a la luz del principio de presunción de inocencia y del resguardo del debido proceso"* (el destacado nos pertenece).

Es decir, en el ámbito nacional, basándose en la doctrina del máximo tribunal que reconoce la plena aplicabilidad de las normas del debido proceso en materia migratoria -y no solo en los procedimientos de expulsión- (Zhang, Fallos: 330:4554), el Ministerio Público Fiscal ha dictaminado en diversas ocasiones de manera coincidente. Así, ha señalado que *"en procedimientos que puedan desembocar en la expulsión o deportación de extranjeros deben reforzarse ciertas garantías básicas de defensa en juicio como*

²⁷ CIDH, Informe "Derechos humanos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazados internos: Normas y Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos", 2015, pág. 301

²⁸ CIDH, Informe "Derechos humanos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazados internos: Normas y Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos", par. 310

consecuencia del desequilibrio procesal en el que se encuentra el migrante ante la autoridad migratoria para desarrollar una defensa adecuada de sus intereses.”²⁹

Como podrá advertirse, el Decreto de Necesidad y Urgencia 70/17, en lugar de asegurar las mínimas garantías de debido proceso, el derecho de acceso a la justicia y tutela judicial efectiva, implantó un “sistema procesal” de excepción (un “procedimiento sumario de deportación”, en los términos de la CIDH) que limita gravemente los derechos de las personas migrantes sujetas a medidas de expulsión y privación de libertad.

Además, este procedimiento especial sumarísimo migratorio se complementa con las reformas que el DNU introdujo a institutos del procedimiento migratorio “general” de la ley 25.871 (por ejemplo, sistema de notificaciones o acceso a la asistencia jurídica), situación que agrava la violaciones a las garantías mínimas de debido proceso señaladas y al derecho a la tutela judicial efectiva.

1. Recurso administrativo ilusorio. Como se expuso en el apartado de “Hechos”, el DNU 70/17 impuso brevísimos plazos para que las personas migrantes se defiendan o impugnen, administrativa y judicialmente, las medidas mediante las que la Dirección Nacional de Migraciones ordena su expulsión o privación de libertad.

La persona migrante tendrá apenas tres días para interponer un recurso jerárquico contra la orden de expulsión y tres días para impugnar judicialmente la resolución que rechace su recurso administrativo. Además del problema que implica la imposición de un plazo así de breve, el DNU le impone a la persona migrante que el recurso judicial sea por escrito, fundado y con patrocinio letrado.

Lo cierto es que resulta especialmente difícil que en tres días la persona migrante con orden de expulsión consiga patrocinio letrado de un abogado que asuma su representación y que, dentro de dicho plazo improrrogable, se pueda preparar una defensa técnica eficaz. En estas condiciones, el migrante en un proceso de expulsión se enfrenta con importantes dificultades para materializar su derecho de defensa.

Respecto de la irracionalidad de los plazos breves en materia de expulsión de migrantes, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha sido clara al señalar que éstos vulneran la garantía del plazo razonable y, por tanto, resultan inaceptables y contrarios a la Convención Americana.³⁰ En este sentido, la Corte Interamericana ha reafirmado *“el derecho de toda persona a recurrir todas aquellas decisiones finales que se adopten en el*

²⁹ Procuración General de la Nación, dictamen de 27 de junio de 2016, en autos “Torres Miraval, Rolando Francisco *el* EN - MO Interior - DNM *si* Recurso Directo DNM”

³⁰ Véase CIDH, Informe N° 49/99, Caso 11.610, “Loren Laroye Riebe Star, Jorge Barón Guttlein y Rodolfo Izal Elorz, México”, 13 de abril de 1999.

*marco de procesos migratorios, sean de carácter administrativo o judicial, especialmente aquellas que ordenen la expulsión o deportación de un país o denieguen un permiso de ingreso o permanencia. Esto es, en caso de decisión desfavorable, la persona debe tener derecho a someter su caso a revisión ante la autoridad judicial competente y presentarse ante ella para tal fin.*³¹. Es obvio que el procedimiento de garantizar que esto sea materialmente posible.

En esta línea, la Comisión ha señalado que en el marco de los procesos de expulsión, es indispensable que la persona tenga la posibilidad de *“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.”*³²

A su vez, el decreto modificó las posibilidades de revisión administrativa del acto para la mayoría de los casos de expulsión. Mientras que antes se garantizaba un Recurso de Reconsideración y luego un Recurso de Alzada, el Ejecutivo lo limitó a un solo Recurso “Jerárquico” que, paradójicamente, será resuelto por la propia autoridad de la que emana la orden de expulsión, es decir, el Director Nacional de Migraciones.

Es decir, se limitan las opciones para el acceso a un recurso efectivo al dejar únicamente como posibilidad un recurso denominado “jerárquico” que en los hechos no será jerárquico, porque lo resuelve la propia DNM. Adviértase que esto implica que no habrá autoridad política superior al Director Nacional de Migraciones que controle lo que hace la Administración en un tema tan sensible.

En consecuencia, los plazos y condiciones de impugnación previstos en el DNU 70/17 imponen condiciones en extremo gravosas que impiden al migrante ejercer su derecho de defensa. De esta forma, el recurso administrativo previsto formalmente en el DNU resulta ilusorio y por lo tanto, violatorio del debido proceso y del derecho a una tutela judicial efectiva en los términos de los artículos 8 y 25 de la CADH, el derecho a peticionar ante las autoridades, art. 1 de la CN y las garantías de debido proceso del art. 18 de la CN.

Con relación al derecho a peticionar ante las autoridades, previsto en el art. 1 de la Constitución Nacional, y más ampliamente, en el art. XXIV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre: “Toda persona tiene derecho de presentar peticiones respetuosas a cualquier autoridad competente ya sea por interés general, ya de interés particular, y el de obtener pronta resolución”, V.S. tiene que tener en cuenta que el DNU 70/2017 eliminó una herramienta relevante que habilitaba el ejercicio de este derecho, en el

³¹ Corte IDH, Opinión Consultiva OC 21/14 de 19 de agosto de 2014. Derechos y garantías de niños y niñas en el contexto de la migración y/o necesidad de protección internacional, par. 140

³² CIDH, Informe “Derechos humanos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazados internos: Normas y Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, Par. 311

ámbito de los trámites administrativos migratorios, mediante la derogación del art. 90 de la ley 25.871, sobre la revisión de los actos decisorios: *"El Ministerio del Interior y la Dirección Nacional de Migraciones podrán rever, de oficio o a petición de parte, sus resoluciones y las de las autoridades que actúen por delegación. Serán susceptibles de revisión las decisiones cuando se comprueben casos de error, omisión o arbitrariedad manifiesta, violaciones al debido proceso, o cuando hechos nuevos de suficiente entidad justifiquen dicha medida."*

Ya veremos el impacto de la eliminación del art. 90 de la ley 25871 para que el derecho a la reunificación familiar sea considerado en el trámite migratorio. Nos interesa señalar, ahora, que el DNU vació alternativas hábiles que existían en la ley de migraciones 25.871 para plantear alternativas ante decisiones de expulsión.

2. Por su parte, en cuanto al **acceso a la vía del control judicial**, el DNU también resulta restrictivo e ilusorio. El Decreto exige que para habilitar la instancia judicial se hubiera agotado previamente la vía administrativa (Recurso "no jerárquico" interpuesto en tres días). Mientras, el artículo 79 de la Ley permitía, a opción del interesado, interponer el recurso administrativo de alzada o el recurso judicial pertinente, contra aquellas medidas descritas en el artículo 74, entre ellas la denegación de admisión o permanencia de un extranjero, la cancelación de residencia permanente, temporaria o transitoria y aquellas que decreten su expulsión. En el sistema sumarísimo del DNU se elimina la opción y se deja supeditado el control judicial a que el migrante logre interponer el recurso administrativo (con las dificultades que ya describimos).

A su vez, al mismo tiempo que se establecen plazos ilusorios de tres días para impugnar judicialmente, y condiciones gravosas para acceder a los tribunales de justicia, el DNU 70/17 limitó las posibilidades y alcances del control judicial de las decisiones administrativas. El **artículo 69 septies** que introdujo el DNU a la ley 25.871 ordena al juez que rechace *in limine* la acción interpuesta en el caso de que no se hubiera cumplido con los requisitos formales de la presentación, o expirado los plazos, limitando las capacidades del juez para evaluar la situación particular del interesado y analizar las eventuales vulneraciones de derechos.

Además, como se explicó en el apartado de Hechos, el **artículo 62 bis** limitó las posibilidades de revisión judicial de las decisiones de la Administración en lo que respecta a la expulsión o permanencia de las personas migrantes por razones de reunificación familiar.

Sin perjuicio de la vulneración del derecho a la protección familiar prevista en el artículo 14 bis de la CN y tratados internacionales ratificados por la Argentina, con jerarquía constitucional, como veremos en otro apartado, la norma en cuestión violenta gravemente las posibilidades de acceso a la justicia de los migrantes en procesos de expulsión. Esta norma veda a los tribunales de justicia intervenir en la protección de los derechos de las personas

migrantes y sus familias, más allá de las infracciones a la ley migratoria que se pudieran alegar.

Al respecto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha destacado que *“el derecho a la revisión judicial de decisiones administrativas es parte del debido proceso legal administrativo”* y que *“la ausencia de mecanismos judiciales adecuados para efectuar una revisión amplia de las decisiones administrativas también tiene efectos directos sobre la vigencia de los derechos sociales.”*³³

En particular, en el caso de la expulsión de tres de sacerdotes extranjeros en México, la Comisión Interamericana arribó a la conclusión de que se había vulnerado el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos por, entre otras cuestiones, el acotado alcance de la revisión judicial de la decisión administrativa de expulsión³⁴. La expulsión de personas migrantes es una decisión del poder público que tiene profundas implicancias para el goce de derechos fundamentales y es indispensable que exista un estricto escrutinio y control judicial amplio al respecto.

Es que, como dijimos más arriba, para la Corte IDH es indispensable que los tribunales realicen un control estricto de las decisiones administrativas que afecten los derechos de los migrantes. Al respecto, recientemente la Corte señaló que *“en caso de que la decisión fuera adoptada por la autoridad administrativa, la revisión por parte de un juez o tribunal es un requisito fundamental para garantizar un adecuado control y escrutinio de los actos de la administración que afectan los derechos fundamentales”*³⁵.

En consecuencia, el modo en que está regulado el control judicial en el nuevo procedimiento sumarísimo previsto en el DNU, es violatorio del debido proceso y tutela judicial efectiva en los términos del art. 8 y 25 de la CADH, por ser ilusorio y limitado en su alcance.

3. Por otra parte, el DNU modificó reglas de debido proceso previstas en el procedimiento migratorio previsto en la ley 25.87. Estableció que para contar con **asistencia jurídica gratuita**, la persona migrante debe solicitarlo expresamente y acreditar fehacientemente su situación económica carenciada. Cuando no haya sido requerida o no se

³³ CIDH, “El Acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales: estudio de los estándares fijados por el sistema interamericano de derechos humanos”. 2007, pág 164

³⁴ Ver, CIDH, Informe 49/99 Loren Laroye Riebe Star, Jorge Barón Guttlein y Rodolfo Izal Elorz, México, 13 de abril de 1999, y CIDH, “El Acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales: estudio de los estándares fijados por el sistema interamericano de derechos humanos”. 2007, pág. 249.

³⁵ Corte IDH, Opinión Consultiva OC 21/14 de 19 de agosto de 2014. Derechos y garantías de niños y niñas en el contexto de la migración y/o necesidad de protección internacional, par. 140.

acreditara de forma fehaciente, “se continuará con las actuaciones administrativas sin más trámite”, es decir, seguirán corriendo los plazos para impugnar. No debemos olvidar que para la impugnación de la orden de expulsión, el DNU exige que el recurso se presente **con patrocinio letrado**, en el plazo de tres días.

Con anterioridad al dictado de este Decreto, al momento de la notificación a la persona migrante se le consultaba si necesitaba asistencia jurídica gratuita para el trámite del expediente. En caso afirmativo, la DNM corría vista a la “Comisión del Migrante” del Ministerio Público de la Defensa de la Nación, suspendiendo el cómputo del plazo hasta tanto el letrado asumiera en el expediente. Queda claro que la modificación introducida por el Poder Ejecutivo resulta una gravísima limitación al derecho de defensa de las personas migrantes.

Al respecto, la Corte Interamericana ha señalado que “el derecho a la defensa obliga al Estado a tratar al individuo en todo momento como un verdadero sujeto del proceso, en el más amplio sentido de este concepto, y no simplemente como objeto del mismo” y que “en procedimientos administrativos o judiciales en los cuales se pueda adoptar una decisión que implique la deportación, expulsión o privación de libertad, la prestación de un servicio público gratuito de defensa legal a favor de éstas es necesaria para evitar la vulneración del derecho a las garantías del debido proceso.”³⁶

Asimismo, el Procurador ante la Corte Suprema de justicia de la Nación ha dictaminado que en materia migratoria *“el procedimiento sustanciado en sede administrativa contra el recurrente [tiene] como requisito ineludible para el resguardo de su garantía constitucional de defensa en juicio, la provisión por parte del Estado de la **asistencia jurídica gratuita** prevista normativamente, lo que comprend[e] la **notificación fehaciente de su derecho a recibir asistencia jurídica y su carácter irrenunciable** conforme lo establece el artículo 8, inciso 2. d y e de la Convención Americana y el artículo 86 de la Ley de Migraciones”* (El destacado nos pertenece). En particular, el procurador concluyó que *“en materia migratoria, para que el procedimiento administrativo se desarrolle en condiciones de igualdad, la garantía de defensa incluye la efectiva intervención de la asistencia letrada que impone la Ley de Migraciones y las normativas de rango constitucional ya referida”*.³⁷

Además, debemos considerar que el DNU N° 70/17 modificó el **régimen de notificaciones**, estableciendo un sistema en que las decisiones de la Administración se podrán entender notificadas de pleno derecho a los dos días de dictado el acto que ordena la expulsión.

³⁶ Corte IDH, Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Sentencia del 23 de noviembre de 2010, párrs. 145 y 146.

³⁷ Procuración General de la Nación, dictamen el 26 de abril de 2016. “Peralta Valiente, Mario Raúl *el EN -M Interior - DNM sí Recurso Directo DNM*”.

Demás esta señalar que esta nueva modalidad de notificación de pleno derecho, se erige como un obstáculo adicional al ejercicio de derecho de defensa de la persona migrante con orden de expulsión, lo que torna aun más gravoso el irracional plazo de tres días. Una persona podría ser notificada de pleno de derecho respecto de la orden de expulsión y transcurrir el plazo exprés para impugnar la resolución, sin siquiera enterarse.

Recordemos en este punto que nuestra Corte Suprema ha establecido categóricamente que en el ámbito de los procedimientos administrativos es indispensable que el particular, en este caso la persona migrante, haya sido notificada fehacientemente, de forma que pueda gozar efectivamente del derecho a ser oído (CSJN, "Castro Veneroso", Fallos: 324:3593).

Lo cierto es que el procedimiento excepcionalmente sumarísimo, delineado en el Título I bis introducido por el DNU 70/17, junto con el resto de las previsiones procesales que la complementan, no permiten que la persona migrante sometida a un proceso de expulsión pueda ejercer efectivamente su derecho de defensa, en franca violación de las garantías previstas en los arts. 8 y 25 de la CADH y el art. 18 de la CN.

IX.- VIOLACION DEL DERECHO A LA IGUAL PROTECCIÓN DE LA LEY Y A LA NO DISCRIMINACIÓN:

El DNU 70/2017 introdujo modificaciones que implican una violación al derecho a la igual protección de la ley y a la no discriminación en tanto esas modificaciones generan condiciones para que aquellas personas migrantes sometidas a trámites de expulsión no puedan recurrir a instrumentos y herramientas previstos para asegurar su protección legal. Por eso más allá de lo señalado en el apartado anterior, sobre la afectación de las garantías de debido proceso y el derecho al acceso a la justicia y tutela judicial efectiva, en este apartado interesa mostrar que a partir de las modificaciones que introdujo el DNU 70/2017, aquellas personas sometidas a trámites de expulsión y en particular al procedimiento especial sumarísimo migratorio se les redujeron las posibilidades de acceder a los mecanismos de protección de la ley.

En este sentido, ya en el art. 16 de la Constitución Nacional aparece una cobertura con relación a cómo interpretar el derecho a la protección igual de la ley. Allí se establece que *"La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas"*. Esta norma se complementa con el art. 20, que establece que: *"Los extranjeros gozan en el territorio de la Nación de todos los derechos civiles del ciudadano"*.

La regla construida por la Corte establece que el art. 16 de la CN "no impone una rígida igualdad, pues entrega a la discreción y sabiduría del Poder Legislativo una amplia latitud para ordenar y agrupar, distinguiendo y clasificando los objetos de la legislación". Sin embargo, esta capacidad del Estado para realizar distinciones sólo son validas siempre y cuando "**las distinciones o clasificaciones se basen en diferencias razonables y no en propósitos de hostilidad contra determinadas clases o personas**", conforme lo señalado por la Corte Suprema en el precedente de Fallos 238:60. En el caso que nos ocupa, el DNU al establecer distintos estatutos de protección legal para aquellas personas a las que se les aplicará el procedimiento especial sumarísimo migratorio, genera las condiciones para un tratamiento hostil sobre un grupo de personas extranjeras.

Ahora bien, es sin dudas, con la incorporación de los tratados internacionales al derecho interno y en particular luego de su ubicación como parte de las normas que integran el bloque de constitucionalidad, a través de la consideración de estos instrumentos con "jerarquía constitucional" en los que el derecho a la protección igual de la ley aparece de manera nítida en nuestra constitución.

El art. 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, señala que "**Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.**"

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos incluyó una formula más robusta, en su art. 26 "**Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.**"

El Comité de Derechos Humanos, en su Observación General N° 15, sobre la situación de los extranjeros con arreglo al Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, en el año 1986, tuvo que analizar los trámites migratorios de expulsión y señaló que si bien le "*Corresponde a las autoridades competentes del Estado Parte, de buena fe y en el ejercicio de sus atribuciones, aplicar e interpretar el derecho interno, observando, sin embargo, las exigencias previstas en el Pacto, como la igualdad ante la ley (art. 26)*", agregó una regla de especial importancia, al menos para aquella época, en la que aún se discutía si las garantías del debido proceso se aplicaban en aquellos casos de personas migrantes en situación irregular, en función de la literalidad del art. 13 del citado tratado internacional, y dijo

que "en la aplicación del artículo 13 no se puede discriminar entre las diferentes categorías de extranjeros".³⁸

Aquella regla fijada por el Comité de Derechos Humanos, vuelve a tener relevancia para evaluar el DNU 70/2017 que establece procedimiento excepcional o distinto de expulsión: el previsto por la ley de migraciones, que se aplicará en pocos casos, y el procedimiento incorporado por el DNU, que se aplicará en la mayoría de los casos. Como hemos señalado en los hechos, las condiciones para el ejercicio del derecho de defensa, el alcance de las garantías de debido proceso o las condiciones para acceder a la justicia, resultan muy distintas en uno y otro, y sin ningún tipo de justificación objetiva, razonable y necesaria en una sociedad democrática, por lo que se consolidó una situación de protección desigual de la ley, que debe ser revisada y anulada por la intervención de V.S.

Repare V.S. que esta acción, además, pone en evidencia aquellos aspectos comunes que por la aplicación del decreto 70/2017 afectan las garantías centrales de protección de la ley en condiciones de igualdad y no discriminación, a partir de un estatuto excepcional o procedimiento especial que se aplicará en la mayoría de los trámites de expulsión. Y ello contrasta con las garantías de debido proceso legal, acceso a la justicia y tutela judicial efectiva reconocidas para todas las personas que se encuentran bajo la jurisdicción del Estado.

X.- VIOLACIÓN DEL DERECHO A LA LIBERTAD AMBULATORIA:

El DNU 70/2017 introdujo modificaciones que tienen un impacto concreto sobre la libertad ambulatoria de aquellas personas migrantes que se encuentren sometidas a un procedimiento de expulsión, en tanto habilitan nuevos supuestos de retención (detención) por razones migratorias, por plazos más largos y bajo parámetros y procedimientos más laxos para la Administración.

La Corte IDH ha señalado en materia de políticas y normas migratorias que *"las medidas privativas de libertad sólo deberán ser utilizadas cuando fuere necesario y proporcionado en el caso en concreto a los fines mencionados supra y únicamente durante el menor tiempo posible. Para ello, es esencial que los Estados dispongan de un catálogo de medidas alternativas, que puedan resultar efectivas para la consecución de los fines descritos."*³⁹

³⁸ Comité de Derechos Humanos, en su Observación General N° 15, sobre la situación de los extranjeros con arreglo al Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, 27º periodo de sesiones, 1986, párrafos 9 y 10

³⁹ Corte IDH, Caso Familia Pacheco Tineo vs. Estado plurinacional de Bolivia. Sentencia de 25 de noviembre de 2013, párr.131

En un sentido similar, el Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria de Naciones Unidas ha manifestado que: *"en el caso de recurrir a la detención administrativa, habrá que hacerlo como último recurso, de acuerdo con el principio de proporcionalidad, en el marco de estrictas limitaciones legales y previendo las debidas salvaguardias judiciales. Habrá que definir claramente y enumerar de forma exhaustiva en la legislación las razones que podrán aducir los Estados para justificar esa detención"*.⁴⁰

Es decir, según los estándares fijados por la Corte IDH como por el Grupo de Trabajo de la ONU, la privación de libertad por razones migratorias debe estar sujeta a criterios de *legalidad, necesidad, proporcionalidad, finalidad y ultima ratio*⁴¹, tal como se lo ha interpretado para todas las formas de regulación que intenten limitar la libertad ambulatoria. Por ello, los Estados deben apuntar al desarrollo progresivo de medidas alternativas a la detención por razones migratorias (como señala la Corte IDH) y definir de manera exhaustiva las razones para justificar una detención por razones migratorias (como señala el Grupo de Trabajo citado).

Como ya explicamos, el DNU impugnado reformó la ley migratoria para incorporar más supuestos de expulsión de extranjeros y acelerar el trámite a partir de la creación de un procedimiento especial para alcanzar tal fin. Para ello, amplió también la regulación de la figura de la retención (sobre todo la preventiva) asociada al trámite especial de expulsión, alargó los plazos de detención, debilitó el control judicial de las detenciones al eliminar o reducir sustantivamente las exigencias para la Administración de fundamentar sus pedidos. (cfr. arts. 69 y 70 modificados por el DNU 70/17).

En este sentido, las normas introducidas por el DNU 70/17 operarán como herramientas para detener (retener) a las personas migrantes que estén alcanzadas por el trámite especial (excepcional) sumarísimo, con la posibilidad inclusive de que esa detención ocurra antes del dictado formal de la orden de expulsión.

Ahora bien, hay cuatro cuestiones en particular que el DNU introdujo en los art. 69 bis y 70 y que resultan contrarias a los estándares fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos para la regulación de cualquier forma de privación de libertad, que afectan y/o afectarán de manera común a todas aquellas personas que se encuentran bajo un trámite de expulsión y que hacen necesario que V.S. revise su constitucionalidad.

En primer lugar, en la medida que el DNU crea nuevas causales que habilitan una expulsión del territorio, se habilitan nuevos supuestos de retención (detención) por fuera la ley

⁴⁰ Informe del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria al Consejo de Derechos Humanos, 18 de enero de 2010, A/HRC/13/30, Párr. 59

⁴¹ Estos criterios están desarrollados, en detalle, en el Informe de la Comisión Interamericana sobre Derechos Humanos, (CIDH), "Informe sobre Uso de la Prisión Preventiva en las Américas", CIDH, 2013, páginas 60 a 84, en especial. Disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/ppl/informes/pdfs/informe-pp-2013-es.pdf>.

formal en contradicción con la exigencia de estricta legalidad. Además, en estos nuevos supuestos el DNU permite una retención de carácter “preventiva” para todos aquellos casos sometidos al procedimiento especial sumarísimo (art. 69 y 69 bis), previendo además una cláusula abierta que autoriza la detención en aquellos casos que la Dirección Nacional de Migraciones califique como de “gravedad institucional” (art. 70 *in fine*). Esta forma de regular las condiciones y posibilidades de privación de libertad por decreto de necesidad y urgencia, y en términos tan amplios y abiertos, importa una violación al principio de legalidad mencionado.

Un segundo punto crítico es el vinculado con la excepcionalidad de la retención preventiva. Ya no lo será. A partir de la incorporación de un Procedimiento especial sumarísimo migratorio (proceso excepcional que alcanza a la mayoría de los casos de expulsión, como dijimos), la autoridad migratoria puede requerirle a un juez la retención preventiva desde el inicio del procedimiento excepcional, conforme lo previsto en el art. 69 bis.

Esta regulación constituye un cambio significativo en las causales de retención (detención) que tenía la autoridad migratoria por el art. 70 de la ley 25.871 y que ahora se amplían en el marco del procedimiento sumarísimo. Mientras que la retención del artículo 70 sostenía que estaba permitida excepcionalmente para asegurar el cumplimiento de una orden de expulsión dictada, aunque no firme, el artículo 69 bis habilita la privación de libertad desde el inicio mismo del procedimiento sin exigencias de “excepcionalidad”. Entonces cuando el Ejecutivo se refiere al “inicio del procedimiento”, está habilitando una retención aun cuando la orden de expulsión ni siquiera se haya dictado efectivamente.

En tercer lugar, repare V.S. que no existe, dentro de la regulación del procedimiento sumarísimo migratorio, indicación alguna acerca de cuándo procedería –si fuese válido– un requerimiento de retención (detención), ni qué elementos deberá aportar la autoridad migratoria para que el juez evalúe el pedido a realizar o qué margen tiene el juez para rechazar el pedido realizado. De acuerdo a la regulación de la retención que introdujo el DNU 70/2017, la actuación judicial ante pedidos de retención parece reducirse a un procedimiento de forma, donde se coteja la existencia de un pedido de retención decidido por una autoridad migratoria, lo que lleva al dictado de la orden de retención o a la validación de la ya ocurrida.

La nueva regulación no exige a la Administración más que decisión fundada para pedir la retención. No aparece ninguna regla indicativa o procedimiento sobre los extremos que deben acreditarse en el pedido, ni sobre el proceso de ponderación que debe realizar el juez para aceptar una medida gravosa como una retención preventiva. Sin embargo, en la medida en que se trata de un pedido de privación de libertad, corresponde que la ley disponga los parámetros bajo los cuales estaría justificada de acuerdo con los criterios de legalidad, necesidad, finalidad y excepcionalidad de la medida. Esto es especialmente

necesario si se trata de un pedido de retención “preventiva” que puede ser solicitado desde el inicio del procedimiento, aun antes del dictado formal de la orden de expulsión.

La regulación debe poner en la Administración la carga de explicitar al juez las razones que justifican la necesidad de la detención, las medidas que se encuentra adoptando para concretar la expulsión y por qué no corresponde una medida alternativa a la privación de libertad (ultima ratio).

La nueva regulación tampoco obliga a la Administración a dar las razones por las cuales necesita sostener la medida privativa de libertad en el caso que requiera una prórroga y por qué no corresponde una medida alternativa. Algunos de estos parámetros estaban previstos en el decreto reglamentario 616/2010, que también se ve modificado en forma definitiva por el DNU que criticamos. Según esa regulación, los jueces contaban con reglas expresas para distinguir si era necesario sostener o no una orden de retención preventiva excepcional.

En esta línea, en la medida que el DNU ató –como dijimos- la duración del plazo de las retenciones (detenciones) excepcionales previstas en la ley para supuestos de expulsión no firmes, al activismo defensivo de la persona migrante, la regulación dejó de lado lo dispuesto en el decreto reglamentario 616/2010 que disponía que la autoridad migratoria debía presentar, en estos casos excepcionales, un informe al órgano judicial interviniente *“cada diez (10) días, detallando el avance del procedimiento administrativo respectivo y las razones que justifican la subsistencia de la medida en el caso concreto”*.

Por lo contrario, bajo esta nueva regulación, la justificación de la retención en casos de órdenes de expulsión no firmes podrá ya no estar fundada en la necesidad que alegue la DNM sino en una ampliación automática de los plazos por la actividad defensiva de la persona migrante que pretende discutir, precisamente, la orden de expulsión que le afecta.

Todas estas cuestiones importan graves problemas de regulación del DNU que impugnamos en contradicción con la obligación del Estado de regular las formas de privación de libertad respetando los criterios de *legalidad, necesidad, excepcionalidad, finalidad y proporcionalidad*. Criterios que no aparecen expresamente en esta reforma ni son exigidos a la Administración, eximiéndola de la obligación de fundamentar sobre estos puntos en los pedidos de retención y las prórrogas.

Por último, el DNU plantea una situación coercitiva dilemática para las personas migrantes que no es posible sostener de acuerdo al marco jurídico nacional e internacional. La persona migrante sabrá que el uso de las escasas herramientas procesales (administrativas o judiciales) que el DNU habilitó para defenderse, por ejemplo, en el marco del Procedimiento Migratorio Sumarísimo, significará la prolongación de la retención por razones administrativas.

Como podrá advertir V.S. esta situación se acerca mucho a la regla construida por la Corte Suprema de Estados Unidos sobre los supuestos de coerción legal a los que pueden ser sometidos algunos grupos en situación de desventaja. De acuerdo con esta: *"Una coerción significa que, o bien, la víctima no tiene alternativa alguna tolerable que no sea cumplir con lo que solicita la otra persona, o, le imposibilita a la víctima realizar un cálculo racional. Esta coerción se debe a: (a) la aplicación de la fuerza física o amenaza, (b) aplicación de coerción psíquica, o, coerción legal o amenaza de aplicarla. Esta situación se ve agravada si la persona presenta cierto tipo de vulnerabilidad: menor, inmigrante, incompetencia mental".*⁴²

De estos argumentos se desprende la importancia de que V.S. analice la inconstitucionalidad de las reglas impuestas por el DNU para el instituto de la retención (detención) por razones migratorias. V.S. podrá advertir que el DNU no asegura los presupuestos básicos que debe contener una regulación general para que una retención (detención administrativa) pueda ser considerada válida. Ello contradice los artículos 18 de la CN y el art. 7 de la CADH, tal como lo han interpretado las instancias internacionales de protección de derechos humanos, dejando espacios para posibles abusos y arbitrariedades de la Administración y de los jueces que decidan las retenciones (preventivas o no), en desmedro de los derechos de las personas migrantes.

XI.- VIOLACION DEL DERECHO A LA REUNIFICACION FAMILIAR Y LA UNIDAD FAMILIAR:

Como hemos señalado, el DNU 70/2017 genera riesgos actuales y concretos con relación al derecho a la reunificación y unidad familiar (art. 17 de la CN, art. 17 de la CADH, art. 44 de la Convención Internacional para la protección de los trabajadores migratorios y sus familias), como consecuencia de la falta de mecanismos procesales para asegurar su protección en el marco de la implementación de órdenes de expulsión.

Conviene tener en cuenta que el derecho a la unidad familiar en el contexto migratorio ha sido reconocido como una manifestación del derecho más amplio a la protección de la familia, prevista en el artículo 14 bis de la Constitución Nacional, el artículo 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño, el artículo 44 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, de Naciones Unidas y los artículos 11.2 y 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

⁴² U.S. Supreme Court UNITED STATES v. KOZMINSKI, 487, U.S. 931 (1988). La traducción es propia

La misma ley de migraciones 25.871, por cierto, reconoce la relevancia del derecho a la reunificación familiar. En su art. 10 prevé que: *"El Estado garantizará el derecho de reunificación familiar de los inmigrantes con sus padres, cónyuges, hijos solteros menores o hijos mayores con capacidades diferentes"*. En el art. 3 inc. d, establece como objetivo de la ley *"d) Garantizar el ejercicio del derecho a la reunificación familiar."*

Ahora bien, más allá de la regulación federal, los Estados tienen la obligación de llevar a cabo procedimientos que permitan un balance entre estas obligaciones y las reglas de carácter migratorio. Es decir, en todos los procedimientos migratorios la autoridad administrativa y la autoridad judicial deben analizar el caso concreto de vulneración de los derechos a la vida familiar y de los derechos de las niñas y niños respecto a la decisión que se podría tomar.

Es decir, cuando existan trámites de expulsión en los que se encuentre en juego la unidad familiar, de acuerdo a la CIDH, *"los Estados tienen la obligación de garantizar que los procedimientos de expulsión de personas no nacionales deben tomar en consideración los mejores intereses de sus hijos, así como los derechos de la persona a una vida familiar. La Comisión estima que los Estados deben establecer **oportunidades procesales para evitar la expulsión en los casos en los que la expulsión supondría un grave daño para la vida familiar de la persona a ser expulsada, así como de los miembros de su familia.**"*⁴³

En este sentido, como se expuso en el capítulo de Hechos de esta acción de amparo, el DNU excluyó la posibilidad de alegar cuestiones de "unidad familiar" en la mayoría de los casos que pueden derivar en una expulsión. Además, para los pocos casos en que procede, el ejercicio de este derecho queda sujeto a la acreditación de la convivencia familiar y el "interés económico y afectivo", determinado por las autoridades administrativas.

En este contexto, la exclusión del control judicial de las decisiones de la autoridad administrativa que el DNU definió en el art. 62 bis, tiene consecuencias especialmente graves, que pone en riesgo la responsabilidad internacional del Estado. El artículo 62 bis establece que *"El otorgamiento de la dispensa establecida en los artículos 29 y 62 de la presente Ley será una facultad exclusiva de la Dirección Nacional de Migraciones, no pudiendo ser otorgada judicialmente"*. Es decir, que en un eventual planteo judicial con relación a una decisión administrativa de expulsión (por impedimento de permanencia o cancelación de residencia) los jueces no podrán evaluar de qué manera se consideraron los antecedentes vinculados a la concesión de una dispensa, así como tampoco aplicarla si es que el rechazo administrativo de la dispensa se ha llevado adelante de manera irrazonable o ilegal.

⁴³ CIDH, Informe "Derechos humanos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazados internos: Normas y Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos", par. 367

Conviene tener en cuenta, como adelantamos, que ante los márgenes acotados de revisión judicial de las decisiones de la autoridad migratoria, este límite al remedio judicial puede consolidar una situación de violación al derecho a la reunificación familiar, o ser el último resorte para asegurarlo. Es que el DNU excluyó la posibilidad de alegar cuestiones de "unidad familiar" o "reunificación familiar" en la mayoría de los casos que pueden derivar en una expulsión, en los términos del art. 29 (impedimentos de ingreso y permanencia) y el art. 62 (cancelación de residencia). Y además exige, en aquellos supuestos que permite alegar la existencia de este derecho, la acreditación de la convivencia del grupo familiar, excluyendo a quien se hubiera desinteresado afectiva o económicamente. Podrá advertir V.S. que el ejercicio del derecho a la reunificación o a la unidad familiar dependerá de la discrecionalidad de las autoridades administrativas y solo para aquellos pocos supuestos en los que el DNU la habilitó. Esta decisión, por cierto, quedará sujeta al cumplimiento de exigencias probatorias que en el marco del Procedimiento Especial Migratorio Sumarísimo, resultarán de dificultosa o imposible acreditación.

Por último, repare V.S. que la derogación del artículo 90 de la ley 25.871 también limita las posibilidades de alegar, dentro de un mecanismo idóneo, la cuestión de la reunificación familiar como argumento para la revisión de una decisión que lo afecte de manera concreta e inminente. Aquél remedio del artículo 90 de la ley, eliminado por el DNU 70/2017, era una herramienta sobre la que tanto el Ministerio del Interior como la propia autoridad migratoria podían advertir y sanear un error serio, como la falta de consideración del derecho a la unidad familiar o reunificación familiar.

Por su parte, la Corte Suprema en Fallos 330:4554, "Zhang" de 2007, cuando analizó la ley de migraciones 25.871, reafirmó el papel central que la mencionada ley le otorgó al principio de unidad familiar, que transformó el paradigma de la ley heredada de la dictadura. Repare V.S. que en el referido caso la Corte hubo de analizar el alcance del derecho a la reunificación familiar y dijo *"que la nueva ley de Política Migratoria Argentina, 25.871, no sólo derogó la norma bajo la cual se denegó la solicitud de ingreso al país sino que estableció, en lo que al caso interesa, una variación sustancial de los objetivos a tener en cuenta para la admisión de extranjeros. Es particularmente relevante para decidir esta cuestión, el art. 10 que establece: 'El Estado garantizará el derecho a la reunificación familiar de los inmigrantes'."*

La protección del derecho a la unificación familiar en materia de políticas migratorias desempeña un papel central en el marco de la ley 25871 y es respuesta a las exigencias del artículo 14 bis de la CN y los tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional.

El DNU restringió dicha protección en contra de los estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y lo desarrollado por nuestra Corte Suprema de Justicia.

XII.- CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD - PRINCIPIO DE LEGALIDAD FORMAL - INCUMPLIMIENTO DE ACUERDO DE SOLUCION AMISTOSA:

Como hemos adelantado, las modificaciones introducidas por el DNU 70/2017 sobre las que enfocamos esta acción judicial, ponen en crisis normas y reglas establecidas por la Constitución Nacional, los tratados internacionales sobre derechos humanos con jerarquía constitucional e interpretaciones que han realizado tribunales internacionales de derechos humanos en materia de interpretación de aquellos instrumentos internacionales.

En función de ello, hemos solicitado la declaración de nulidad, ilegalidad e inconstitucionalidad del apartado impugnado.

Esta situación exige de parte de V.S. un estudio de ponderación de las normas en juego, que incluyen no sólo la aplicación de un test de constitucionalidad sino también de un test de convencionalidad. El control de convencionalidad implica que, al momento de administrar justicia, los jueces no solo tengan en cuenta los preceptos incluidos en la Constitución Nacional, sino que además realicen una comparación entre el derecho local y el supranacional, a fin de velar por el efecto útil de los instrumentos internacionales.

En el caso "Almonacid Arellano y otros Vs. Chile" la Corte IDH hizo, por primera vez, un análisis puntual sobre el control de convencionalidad. Allí sostuvo:

" La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de 'control de convencionalidad' entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.

*[...] En esta misma línea de ideas, esta Corte ha establecido que "[s]egún el derecho internacional las obligaciones que éste impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno". Esta regla ha sido codificada en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969."*⁴⁴

⁴⁴ Corte IDH, Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile, sentencia de 26 de septiembre de 2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 124 y 125

Luego, siguiendo esta línea, este estándar fue reafirmado por la misma Corte en el caso *Fontevicchia y D'amico vs. Argentina* al entender además que:

*"...Los jueces y órganos vinculados a la **administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un "control de convencionalidad"** entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana"*⁴⁵ (El destacado nos pertenece).

En el año 2007, la Corte argentina resolvió, en el caso *Mazzeo*, la obligación que tienen los jueces nacionales de realizar un control de convencionalidad. De este fallo se desprende que la jurisprudencia de la Corte IDH posee un valor paradigmático para la labor de interpretación de la Convención Americana de los jueces de los Estados parte de este tratado. Aquí la CSJN sostuvo que: *"la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Se trata de una **insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia y, en consecuencia, también para la Corte Suprema de Justicia de la Nación**, a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado argentino en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos"*.⁴⁶ (El destacado nos pertenece)

Más recientemente, la Corte Suprema en *Rodríguez Pereyra*, dijo: *"La jurisprudencia reseñada no deja lugar a dudas de que los órganos judiciales de los países que han ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos **están obligados a ejercer, de oficio, el control de convencionalidad, descalificando las normas internas que se opongan dicho tratado**. Resultaría, pues, un contrasentido aceptar que la Constitución Nacional que, por un lado, confiere rango constitucional la mencionada Convención (art. 75, inc. 22), incorpora sus disposiciones al derecho interno y, por consiguiente, habilita la aplicación de la regla interpretativa -formulada por su intérprete auténtico, es decir, la Corte Interamericana de Derechos Humanos- que obliga los tribunales nacionales ejercer de oficio el control de convencionalidad, impida, por otro lado, que esos mismos tribunales ejerzan similar examen con el fin de salvaguardar su supremacía frente normas locales de menor rango"*.⁴⁷ (El destacado nos pertenece)

Como se ha podido apreciar, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en su carácter de supremo intérprete de la Constitución Nacional y tratados internacionales, ha

⁴⁵ Corte IDH, sentencia de 29 de noviembre de 2011, (Fondo, Reparaciones y Costas), parra. 93.

⁴⁶ CSJN. *Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ rec. de casación e inconstitucionalidad*. 13 julio 2007, Cons. 20°

⁴⁷ CSJN, *Rodríguez Pereyra, Jorge Luis otra c/ Ejército Argentino s/ daños y perjuicios*. Sentencia del 27 de noviembre de 2012. Considerando 12°

incorporado el control de convencionalidad en numerosos casos aplicándolo para resolver conflictos en los que se encuentra en tensión derechos reconocidos en el ámbito internacional y constitucional, cuidando de respetar las obligaciones internacionales asumidas por la República Argentina.

XII.a.- El control de constitucionalidad de los decretos de necesidad y urgencia:

Además de lo señalado sobre control de constitucionalidad y convencionalidad sobre los artículos del DNU sobre los que enfocamos la acción judicial de amparo colectivo, el Poder Judicial está llamado a analizar en concreto el dictado de los decretos de necesidad y urgencia para evaluar si se cumplen los requisitos del artículo 99.3 y si su contenido es compatible con la Constitución Nacional.

En este sentido, la eventual votación afirmativa por parte del Congreso Nacional – de ambas Cámaras- no resulta idónea para subsanar los vicios de un decreto de necesidad y urgencia dictado en contravención de lo dispuesto por la Constitución Nacional y no exime a los tribunales de justicia de la obligación de realizar un control de constitucionalidad y convencionalidad en el marco de sus competencias.

Si en un caso en particular no se verifican las circunstancias excepcionales de necesidad y urgencia para que el Poder Ejecutivo ejerza facultades legislativas y la imposibilidad de que el Congreso sesione para seguir el camino ordinario en la formación de las leyes, el decreto no puede gozar de validez, aunque luego sea ratificado por el Poder Legislativo.

Ahora bien, sin perjuicio del control político que le corresponde al Congreso, el control constitucional de los decretos dictados por el Poder Ejecutivo -así como el de las leyes sancionadas por el Congreso Nacional- le corresponde al Poder Judicial, a quien sólo le está vedado controlar la oportunidad o conveniencia de lo decidido por el Ejecutivo.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación desde el año 1999, ha conformado una línea jurisprudencial uniforme y reiterada en el sentido de que corresponde al Poder Judicial la evaluación del presupuesto fáctico de existencia de la situación que justifica la adopción de decretos de necesidad y urgencia.

Tal postura se adoptó en el precedente “Verrocchi” de 1999, y ha sido reiterada en pronunciamientos posteriores, como “Consumidores Argentinos de 2010 y “Asociación de Compañías de Seguros y otros” de 2015. En “Consumidores Argentinos”, por ejemplo, la Corte Suprema reafirmó el deber de los tribunales de justicia de controlar la concurrencia de las circunstancias excepcionales requeridas por el texto constitucional, de forma de asegurar la vigencia del Estado de Derecho. Sostuvo el Máximo Tribunal: *Que en lo que respecta a la*

*existencia de un estado de necesidad y urgencia, es atribución de este Tribunal evaluar, en este caso concreto, el presupuesto fáctico que justificaría la adopción de decretos que reúnan tan excepcionales presupuestos.*⁴⁸ [El destacado nos pertenece]

Esto es así porque, sigue la CSJN, *"el constituyente de 1994 explicitó en el art. 99, inc. 3º, del texto constitucional estándares judicialmente verificables respecto de las situaciones que deben concurrir para habilitar el dictado de disposiciones legislativas por parte del Presidente de la Nación. El Poder Judicial deberá entonces evaluar si las circunstancias invocadas son excepcionales, o si aparecen como manifiestamente inexistentes o irrazonables; en estos casos, la facultad ejercida carecerá del sustento fáctico constitucional que lo legitima"*⁴⁹. [El destacado nos pertenece]

Como señalamos, además de la verificación del cumplimiento de los requisitos formales para su dictado y el control sobre la existencia y razonabilidad de las circunstancias fácticas alegadas, el Poder Judicial tiene la tarea inexcusable de controlar la compatibilidad del decreto con el ordenamiento constitucional y las normas de derecho internacional vigentes. La Corte agregó en el citado caso Consumidores que: *La previsión en el texto constitucional de pautas susceptibles de ser determinadas y precisadas en cada caso concreto autoriza al Poder Judicial a verificar la compatibilidad entre los decretos dictados por el Poder Ejecutivo y la Constitución Nacional, sin que ello signifique efectuar una valoración que reemplace a aquella que corresponde al órgano que es el competente en la materia o invada facultades propias de otras autoridades de la Nación.*⁵⁰

El decreto de necesidad y urgencia, como medio legislativo de excepción, está sujeto al control constitucional de los tribunales de justicia debiendo ser descalificado en caso de contradicción con la norma fundamental.

En este mismo sentido, conviene recordar que algunos supremos han sido aún más categóricos respecto de la naturaleza excepcional de los decretos de necesidad y urgencia. Así, por ejemplo, en el citado fallo de Consumidores Argentinos, de 2010 (Fallos 333 :633), la jueza Argibay señaló que *"Cualquier disposición de carácter legislativo emitida por el Poder Ejecutivo debe reputarse prima facie inconstitucional, presunción ésta que sólo puede ser abatida por quien demuestre que se han reunido las condiciones para aplicar la única excepción admitida en la Constitución a la prohibición general antes sentada, a saber, la descrita en los párrafos tercero y cuarto del art. 99, inciso 3º, de la Constitución Nacional."*⁵¹ (El destacado nos pertenece)

⁴⁸ CSJN. "Consumidores Argentinos..." Considerando 11º

⁴⁹ CSJN. "Consumidores Argentinos..." Considerando 11º

⁵⁰ CSJN. "Consumidores Argentinos..." Considerando 12º

⁵¹ CSJN. "Consumidores Argentinos..." Considerando 12º

El dictado de un decreto de necesidad y urgencia se trata, en efecto, de una excepción a la regla general que prohíbe al Ejecutivo ejercer funciones legislativas, so pena de nulidad absoluta e insanable. **Esto exige de parte de los tribunales de justicia un escrutinio estricto respecto del cumplimiento de los requisitos formales y sustanciales para su validez**, velando por la división de poderes y el respeto de la Constitución

En el caso del Decreto de Necesidad y Urgencia 70/17, tal como afirmamos a lo largo de esta acción judicial, además de violentar el principio republicano de separación de poderes -al no existir necesidad o urgencia que justifique este tipo de medidas y regular materia vedada por la Constitución-, incorpora contenido contrario a la ley federal 25.871 y resulta inconstitucional en tanto afecta las garantías mínimas de debido proceso, tutela judicial efectiva y acceso a la justicia en condiciones de igualdad y no discriminación.

XII.a.1.- La exigencia de ley formal para la restricción de derechos fundamentales:

Advertirá V.S. que tiene competencia para analizar si el DNU 70/17 es nulo por cuanto la regulación y restricción del ejercicio de derechos fundamentales no puede ser implementada por medio de un Decreto de Necesidad y Urgencia sino que es indispensable que sea por una Ley Formal del Congreso de la Nación.

De conformidad con los estándares interamericanos de derechos humanos, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 30 de la Convención Americana, las restricciones en el goce y ejercicio de derechos fundamentales debe ser mediante una Ley en sentido formal, jamás por un decreto presidencial. Sobre este aspecto, es imperativo que V.S. tenga en cuenta la Opinión Consultiva 6/86 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que expresamente destaca la obligación de recurrir al Congreso de la Nación a la hora de abordar estas cuestiones⁵².

La propia naturaleza del Decreto de Necesidad y Urgencia, así como el proceso para su dictado y convalidación legislativa, impiden considerarlo como "Ley Formal" en los términos definidos por la Corte IDH.

De conformidad con el artículo 99 inc. 3 de la CN, el PEN debe girar el decreto a la Comisión Bicameral que, previo dictamen, lo girará a ambas Cámaras para su consideración. Sin embargo, la aprobación o rechazo que las Cámaras pueden realizar no admite modificaciones en el texto del decreto, por lo que cabe afirmar que el sistema no permite debatir la cuestión, sino que las obliga a aceptar o rechazar por el todo. De esta forma se

⁵² Corte IDH. Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986. La expresión "leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, solicitada por el gobierno de la República Oriental del Uruguay.

limita gravemente las posibilidades de deliberación del Congreso Nacional, negando la participación de mayorías y minorías parlamentarias para la regulación de cuestiones vinculadas a restricciones de derechos humanos.

Sobre este punto, el tribunal regional advirtió que el significado del vocablo "ley" debe buscarse en lo que este significa en el ámbito internacional, como término incluido dentro de un tratado internacional y no en el significado de ley en el derecho interno del Estado parte⁵³. Este es el error en el que incurre el PEN al creer que puede modificar sustancialmente el goce y ejercicio de derechos humanos a través de una herramienta normativa de menor valor que la Ley.

A su vez, la Corte Interamericana sostuvo que no es factible asimilar la palabra ley a cualquier tipo de norma jurídica, pues lo que subyace en esta previsión es la limitación al ejercicio abusivo del poder público, como ocurre en este caso con el decreto dictado por el PEN⁵⁴.

Vemos entonces, que la Corte IDH otorga una especial importancia a las posibilidades de deliberación democrática que habilita la discusión de las leyes como mecanismo para asegurar la legitimidad de las regulaciones y restricciones de los derechos fundamentales reconocidos por la Convención Americana. Es en el Congreso Nacional donde se reúnen las diversas fuerzas políticas democráticamente elegidas para delinear la sociedad que pensamos y queremos, y donde mediante la discusión democrática de mayorías y minorías, las leyes son creadas y modificadas.

Para la Corte Interamericana, la legitimidad de una norma jurídica que pueda afectar derechos fundamentales está íntimamente ligada con la legitimidad y representatividad de la autoridad de la que emana; autoridad que, a su entender, debe ser el Poder Legislativo legítimamente constituido. Así afirmó que *"... En una sociedad democrática el principio de legalidad está vinculado inseparablemente al de legitimidad, en virtud del sistema internacional que se encuentra en la base de la propia Convención, relativo al "ejercicio efectivo de la democracia representativa", que se traduce, inter alia, en la elección popular de los órganos de creación jurídica, el respeto a la participación de las minorías y la ordenación al bien común..."*⁵⁵(el destacado nos pertenece).

Queda claro entonces que, de conformidad con los estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el ejercicio de facultades legislativas de excepción por parte del PEN jamás cumplirán con el estándar de ley formal exigido por la Corte IDH en la Opinión Consultiva reseñada.

⁵³ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-6/86, párr. 19

⁵⁴ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-6/86, párr. 27

⁵⁵ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-6/86, párr. 32

Esta incompatibilidad se hace aún más manifiesta si consideramos que, como dijimos, una vez girado el DNU, las Cámaras no están habilitadas para discutir las disposiciones particulares del decreto para modificarlo, sino que apenas están autorizadas para aprobarlo o rechazarlo en bloque.

A esto se suma el hecho de que la ley 26.122 que reglamenta la intervención del Congreso en estos casos, habilita que el silencio de una de las Cámaras, e incluso el rechazo de una sola de ellas, valide la vigencia indefinida del decreto en cuestión (conf. Arts. 22 y 24 Ley 26.122).

En conclusión, más allá de la manifiesta nulidad detallada en el apartado respectivo, el DNU 70 también debe ser declarado nulo por invadir esferas propias del Congreso Nacional e intentar disminuir el goce de derechos sustanciales; modificación normativa que **solo admite ser realizada a través de una ley en sentido formal**, calidad que en absoluto puede atribuírsele a un Decreto de Necesidad y Urgencia.

XII.a.2.- Incumplimiento del acuerdo de solución amistosa ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos:

El dictado del DNU 70/17 implica también el incumplimiento de los compromisos asumidos por el Estado argentino mediante la suscripción del Acuerdo de Solución Amistosa en el caso "De la Torre", ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y ello debe ser ponderado por V.S. al momento de analizar este caso.

Juan Carlos De la Torre, de nacionalidad uruguaya, había ingresado a la Argentina en 1974 con autorización de la Dirección Nacional de Migraciones. Luego de 24 años de permanencia en territorio argentino, fue detenido sin orden judicial y expulsado del país a través de un proceso sumario, que no le brindó garantías judiciales. Su expulsión se fundó en la existencia de antecedentes penales.

En respuesta a esta situación, el 7 de julio de 1999, el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) y el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL) presentaron una petición ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en la que se denunció la violación de los derechos a la libertad personal, a las garantías judiciales, a la protección judicial, a la no injerencia en la vida privada y a la protección de la familia, consagrados respectivamente en los artículos 7, 8, 25, 11.2 y 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en perjuicio del señor Juan Carlos De la Torre.

Durante el año 2003 se abrió un espacio de diálogo tendiente a explorar la posibilidad de una solución amistosa de la petición. Finalmente, las partes arribaron a un Acuerdo de

Solución Amistosa que fue homologado por la CIDH el 21 de Julio de 2011 en su Informe No. 85/11.

Tal como destacara la Comisión, en el transcurso del proceso se acordó la derogación de Ley de migraciones 22.349 y su sustitución por la Ley 25.871, reconocida como una "*pieza normativa modelo*".⁵⁶

De este modo, con la suscripción del Acuerdo de Solución Amistosa la Argentina se comprometió ante la Comisión Interamericana a un piso mínimo de protección de los derechos humanos de los migrantes consagrado en la Ley 25.871 y su decreto reglamentario 616/2010.

A su vez, a partir de ese piso, el Estado argentino se comprometió a "*realizar un análisis pormenorizado de la legislación vigente a fin de impulsar la adecuación de aquella normativa que contenga disposiciones que efectúen discriminaciones ilegítimas con base en la condición de extranjero de una persona o su condición migratoria a los estándares internacionales y constitucionales en la materia*" (Acuerdo de Solución Amistosa, Punto 2.b).

Tal como se explicara en esta acción, el DNU 70/2017 del 30 de enero de 2017 contraviene aspectos esenciales de la normativa forjada en el marco del trámite ante la CIDH, al modificar los trámites de expulsión para que sean llevados adelante sin las garantías mínimas de debido proceso, escaso control judicial, y sin acceso a una defensa legal de manera adecuada, entre otras de las cuestiones que hemos señalado.

Todo ello con base en una decisión unilateral del Poder Ejecutivo Nacional. De este modo, mediante el Decreto 70/2017 el Estado Nacional incumple el Acuerdo de Solución Amistosa suscripto ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y lo hace pasible, una vez más, de responsabilidad internacional.

XIII.- REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE AMPARO:

La acción de amparo colectivo que interponemos cumple con los requisitos de admisibilidad estipulados en la Ley 16.986, a saber:

XIII. a. Acto u omisión ilegal y manifiesta:

El DNU puesto en crisis implica un actuar estatal manifiestamente ilegal ya que (1.) Vulnera derechos reconocidos en la Constitución Nacional y en tratados internacionales de derechos humanos ratificados por la República Argentina; (2.) No se dan las condiciones de necesidad y urgencia que permiten al PEN ejercer facultades legislativas y (3.). Avanza sobre

⁵⁶ CIDH, "Impacto del procedimiento de Solución Amistosa", 18 de Diciembre de 2013, par. 181 y 182.

materias que tiene expresamente vedadas regular a través de decretos de necesidad y urgencia.

XIII. b. Contemporaneidad en el accionar:

Conforme lo previsto por el art. 2 de la Ley 16.986, la presente acción es promovida en tiempo y forma, dentro del plazo de 15 días posteriores a la fecha en que el acto administrativo fue dictado.

XIII. c. Calidad y entidad del accionar vulnerante: lesión actual o inminente:

A partir de su promulgación, el DNU impugnado vulnera derechos humanos y derechos individuales homogéneos de todas aquellas personas migrantes sometidas a trámites de expulsión, sin las garantías mínimas del debido proceso legal, en violación al derecho al acceso a la justicia, a la tutela judicial efectiva y el derecho a la libertad ambulatoria en condiciones de igualdad y no discriminación, razón que justifica el uso del amparo como herramienta procesal idónea para evitar la concreción de daños de imposible reparación ulterior.

XIII. d. Remedio judicial más idóneo:

Las disposiciones contenidas en el DNU atacado son manifiestamente contradictorias con normas constitucionales y convencionales. A partir de su entrada en vigencia, la norma administrativa impugnada será plenamente ejecutable y lesionará derechos humanos de grupos vulnerables. Por ello, no existe remedio judicial más idóneo capaz de evitar la vulneración de derechos humanos de imposible reparación ulterior.

En el caso concreto, si esta parte debiera someterse a un proceso con plazos ordinarios, jamás podría hallar una respuesta en un tiempo adecuado, es decir que al momento de alcanzar una sentencia favorable los derechos que aquí se ponen en juego se encontrarán vulnerados por el simple paso del tiempo. La situación se agrava aún más si tenemos en cuenta que los derechos conculcados son de imposible o dificultosa reparación ulterior. Es por ello que la acción de amparo es la garantía frente al avasallamiento concreto de estos derechos.

XIV.- REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD DE LA ACCION COLECTIVA EN DEFENSA DE DERECHOS INDIVIDUALES HOMOGÉNEOS. REMEDIO SOLICITADO:

XIV. a.- Causa fáctica homogénea (Conf. art. II.2.a Ac. 12/2016 CSJN):

En tanto norma administrativa de alcance general, el DNU 70/17 se constituye como aquella circunstancia fáctico/jurídica que lesiona a un número importante de personas de

forma tal que torna impracticable el impulso de un litisconsorcio⁵⁷. En efecto, la entrada en vigencia de una norma manifiestamente inconstitucional afecta y afectará el ejercicio de las garantías mínimas de debido proceso, el acceso a la justicia, el derecho a la tutela judicial efectiva de las personas migrantes a las cuales se pretenda oponer una orden de expulsión.

XIV. b.- Pretensión enfocada en los aspectos comunes del conflicto (Conf. art. II.2.b Ac. 12/2016 CSJN):

La acción que aquí interponemos solicita la declaración de nulidad, ilegitimidad e inconstitucionalidad de **los aspectos comunes** en la aplicación de un acto administrativo de alcance general que afecta de manera actual e inminente las garantías del debido proceso legal, acceso a la justicia y tutela judicial efectiva en condiciones de igualdad y no discriminación del colectivo conformado por aquellas personas migrantes que se encuentren bajo un procedimiento de expulsión. En lo que hace a los distintos daños individuales que cada miembro del grupo pudiere haber sufrido, aclaramos que no forman parte del presente reclamo.

Por ello, ante cualquier ambigüedad que pudiere presentarse, solicitamos a V.S. tenga en cuenta que nuestro reclamo no pretende debatir los distintos daños que pudieren generarse producto de la norma administrativa puesta en crisis.

XIV. c.- Improcedencia del reclamo individual - fuerte interés estatal en la protección del derecho en pugna y grupo lesionado (conf. art. ii.2.c Ac. 12/2016 CSJN):

A partir de la entrada en vigencia del DNU 70, las autoridades competentes han puesto en marcha procesos sumarísimos que no garantizan las garantías mínimas de debido proceso, el acceso irrestricto a la justicia, menos aún si se tiene en cuenta que la norma se dirige a grupos que han sido tradicionalmente postergados y/o débilmente protegidos.

En efecto, tal como desarrolláramos en el capítulo IV, la norma administrativa atacada: a) torna ilusorio el régimen recursivo administrativo ante decisiones de expulsión, b) limita el control judicial de una decisión de expulsión y por tanto el acceso a la justicia de los migrantes, c) amplía las detenciones preventivas, d) modifica el régimen de notificaciones y e)

⁵⁷ Sobre la "causa fáctica homogénea" la Corte Suprema Nacional sostuvo: "...En estos casos no hay un bien colectivo, ya que se afectan derechos individuales enteramente divisibles. Sin embargo, hay un hecho, único o continuado, que provoca la lesión a todos ellos y por lo tanto es identificable una causa fáctica homogénea. Ese dato tiene relevancia jurídica porque en tales casos la demostración de los presupuestos de la pretensión es común a todos esos intereses, excepto en lo que concierne al daño que individualmente se sufre. Hay una homogeneidad fáctica y normativa que lleva a considerar razonable la realización de un solo juicio con efectos expansivos de la cosa juzgada que en él se dicte, salvo en lo que hace a la prueba del daño...", en autos "HALABI, ERNESTO C/ PEN", consid. 12 de la mayoría.

dificulta las condiciones para acceder a la asistencia jurídica gratuita, entre otras. Todas estas modificaciones impactan en el ejercicio efectivo y las posibilidades de acceso a la justicia de aquellos extranjeros que se encuentran sometidos a trámites de expulsión. Si ellos quisieran impugnar las modificaciones introducidas por el DNU se enfrentarían, precisamente, con las limitaciones procesales que impiden su acceso a la justicia, con las debidas garantías y en condiciones de igualdad y no discriminación.

Por ello, al estar limitada la vía judicial individual, la acción colectiva se presenta como la única herramienta idónea para garantizar el acceso a la justicia de las personas migrantes. Es que, reiteramos, en el supuesto de que una persona afectada pretendiera accionar individualmente contra la norma aquí atacada, se vería imposibilitada de hacerlo como consecuencia de los acotados márgenes procesales que la modificación le impone.

En consecuencia, de no habilitarse la vía colectiva, las personas que conforman el grupo afectado no contarán con una vía expedita que les garantice evitar la concreción de daños de imposible o muy dificultosa reparación ulterior.

No obstante, más allá de la evidente obstaculización en el acceso a la justicia del caso que nos convoca, la Corte Suprema Nacional afirmó que aun cuando se justifique el reclamo individual, la acción colectiva será de todas formas admisible en aquellos casos donde exista un fuerte interés estatal en la protección del derecho en pugna o cuando se trate de un grupo que ha sido tradicionalmente postergado o débilmente protegido⁵⁸.

Tal como ha sido desarrollado, la acción que aquí impulsamos cumple con los dos supuestos excepcionales delimitados por el máximo tribunal.

Por un lado, resulta innegable el fuerte interés estatal en la protección de los derechos humanos de todo habitante del suelo argentino, violentados por el DNU 70/17. En particular, existe un fuerte interés estatal en la protección de los derechos de acceso a la justicia, las garantías del debido proceso, la tutela judicial efectiva, y la libertad ambulatoria en condiciones de igualdad y no discriminación.

⁵⁸ "...Sin perjuicio de ello, como se anticipó, la acción resultará de todos modos procedente en aquellos supuestos en los que cobran preeminencia otros aspectos referidos a materias tales como el ambiente, el consumo o la salud o afectan a grupos que tradicionalmente han sido postergados, o en su caso, débilmente protegidos. En esas circunstancias, la naturaleza de esos derechos excede el interés de cada parte, y al mismo tiempo, pone en evidencia la presencia de un fuerte interés estatal para su protección, entendido como el de la sociedad en su conjunto. En tal sentido, los artículos 41, 42 y 43, párrafo segundo, de la Constitución Nacional brindan una pauta en la línea expuesta...", CSJN en "Halabi Ernesto c/ PEN", Consid. 13 de la mayoría (el destacado nos pertenece).

A su vez, también es indiscutible el fuerte interés estatal existente en la protección de los derechos de las personas migrantes, como colectivo históricamente postergado y/o débilmente protegido⁵⁹, especialmente cuando se encuentran sometidos a trámites de expulsión. Como se dio acabada cuenta en los apartados respectivos (**Conf. Ap. VIII, IX, X y XI**), el Estado tiene el deber agravado de asegurar el ejercicio y goce de los derechos fundamentales de las personas migrantes, considerando las situaciones de desigualdad y discriminación a las que se encuentran expuestas.

Cabe señalar que el criterio de la procedencia de acciones colectivas aún cuando esté justificado el ejercicio individual preferente tutela cuando se trata de colectivos vulnerables ha sido reafirmado por la Corte en diversos precedentes.⁶⁰

XIV. d.- Consulta al registro público de procesos colectivos:

En carácter de declaración jurada informamos que no hemos iniciado procesos cuyas pretensiones guarden una sustancial semejanza en la afectación de derechos de incidencia colectiva.

Asimismo, solicitamos se nos exima de consultar previamente al registro público de procesos colectivos por la urgencia del caso que nos convoca, máxime si dicha información será nuevamente solicitada una vez interpuesta la demanda -Conf. art. 3 Ac. 12/2016 CSJN).

XIV. e.- Carácter del remedio judicial que se solicita

En el caso aquí planteado ante V.S. el DNU 70/2017 lesiona derechos individuales homogéneos, y requiere como remedio efectivo la declaración de inconstitucionalidad de la norma con efectos erga omnes, conforme el citado precedente Halabi, de la CSJN.

Como explica JOSE M. SALGADO, para que la pretensión sea ejecutable, es necesario que exista una única solución posible que englobe a todos los derechos individuales homogéneos lesionados por el mismo hecho.⁶¹

⁵⁹ CIDH, Informe "Derechos humanos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazados internos: Normas y Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos", 2015, párrs. 8 y 10

⁶⁰ Véase, CSJN "Asociación Civil para la Defensa en el Ámbito Federal e Internacional de Derechos c/ Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados s/ amparo", sentencia del 10 de febrero de 2015.

⁶¹ "...Muchas veces, las pretensiones individuales sólo pueden ser satisfechas si se pauta una solución general que englobe la totalidad del conflicto. Si no se actúa de ese modo, por más que se trate de derechos individuales y divisibles, no se podrá paliar el conflicto, pues la implementación de la solución hace inviable la coexistencia de decisiones diversas entre la pretensión de la clase y las eventuales pretensiones individuales. En este sentido, los impulsos individuales serán sólo paliativos provisorios...", SALGADO, José María "Tutela individual homogénea", Ed. ASTREA, Buenos Aires 2011, pp. 45.

Por lo expuesto, teniendo en cuenta la indivisibilidad de la pretensión interpuesta, solicitamos a V.S. que sustancie el amparo aquí impulsado haciendo uso de las herramientas que ofrecen los procesos colectivos, garantizando así la plena ejecutabilidad de la sentencia definitiva.

XV.- SOLICITA SUSPENSION INTERINA Y MEDIDA CAUTELAR:

XV.i.-SOLICITA MEDIDA INTERINA (Conf. art. 4 inc. 1 ap. 3 Ley 26.854):

La norma administrativa aquí atacada alteró disposiciones normativas contenidas en la ley 25.871, introduciendo modificaciones sustanciales en detrimento de las garantías mínimas de debido proceso y el derecho a la tutela judicial efectiva de toda persona migrante sujeta a un trámite de expulsión. Como podrá advertir V.S., nos encontramos ante circunstancias graves y objetivamente impostergables que ameritan el dictado de una medida interina, pues de lo contrario se materializarán daños de imposible reparación ulterior a los derechos humanos de grupos tradicionalmente postergados y/o débilmente protegidos (Conf. art. 2 inc. 2 Ley 26.854).

En lo que respecta a conflictos donde se encuentren en pugna la garantía de defensa en juicio y debido proceso legal, tal como sucede en el caso que nos convoca, cabe tener en cuenta lo resuelto por la Cámara Federal de La Plata, Sala I, que sostuvo: *"...atento la naturaleza y trascendencia de los derechos constitucionales en pugna, el Tribunal estima razonable disponer una medida interina y, consecuentemente, suspender los efectos de las resoluciones atacadas hasta tanto se produzca la presentación del informe requerido o venza el plazo para su producción (conf. art. 4 de la Ley N° 26.854)..."*, en autos N° FLP 31094/2014/CA1, *"Errecalde, Ana Lía y otro c/ Universidad Nacional de La Plata s/ recurso directo Ley de Educación Superior Ley 24.521"*. (el destacado nos pertenece).

En idéntica línea se ubica el autor Carlos F. Balbín, al sostener *"...es claro entonces que el alcance de la medida interina es previa a la cautelar y, además, transitoria, pues caduca con la presentación del informe o el vencimiento del plazo respectivo (esto es, cinco o tres días). Evidentemente, el criterio legislativo es desacertado porque la medida interina debiera mantenerse hasta tanto el juez resuelva si procede o no la medida cautelar..."*⁶².

Ahora bien, como podrá entender V.S. desde la publicación del DNU 70/2017 hasta la presentación de esta acción de amparo colectivo se podrían haber desarrollado trámites alcanzados por el procedimiento especial sumarísimo migratorio y podría ya estar en juego el ejercicio concreto, adecuado y efectivo de las garantías mínimas de debido proceso y acceso

⁶² BALBIN, Carlos F. *"Manual de derecho administrativo"*, Ed. LA LEY 2015, tercera edición actualizada y ampliada, pp. 790.

a la justicia. La falta de activación de esas herramientas puede derivar en retenciones por razones migratorias y expulsiones del territorio, con los impactos negativos que una medida de esas características trae consigo, por lo que venimos a solicitar la suspensión hasta que el Estado presente el informe respectivo, de la ley de medidas cautelares contra el Estado, la suspensión –al menos- del art. 69 y las nuevas reglas introducidas en el art. 70 de la ley 25.871, por parte del DNU 70/2017.

Por ello, hasta tanto V.S. resuelva sobre el pedido cautelar que a continuación realizamos, solicitamos que interinamente ordene la suspensión de los efectos que emanan de la nueva redacción de los artículos 69 a 69 undecies (inclusive) y 70 de la Ley 25.871, modificada por el DNU aquí impugnado.

XV.ii.- SOLICITA MEDIDA CAUTELAR (Conf. art. 3 Ley 26.854):

Una vez presentado el informe de la accionada, solicitamos a V.S. el dictado de una medida cautelar de no innovar que suspenda los efectos de la nueva redacción de los arts. 54; 62 bis; 69 a 69 undecies (inclusive); 70; 74 bis; 86 y 90 hasta tanto recaiga sentencia sobre el fondo de la cuestión a resolver (Conf. art. 230 CPCCN).

Como hemos mencionado, el conjunto de artículos mencionados en el párrafo precedente implican una afectación de las garantías de debido proceso, acceso a la justicia y libertad ambulatoria de todos los migrantes sometidos a procesos de expulsión. Además V.S. tiene que tener en cuenta que la suspensión de esas normas no genera un vacío en la gestión de la autoridad migratoria, porque estarán vigentes las reglas ya fijadas por la ley de migraciones 25.871 y su decreto reglamentario 616/2010.

La medida cautelar que se solicita resulta ser una medida adecuada y razonable para asegurar que, mientras se discute en el marco de esta acción la inconstitucionalidad o no del decreto 70/2017, se resguarden los derechos humanos en juego, que incluyen además de los mencionados derechos a las garantías mínimas de debido proceso legal, acceso a la justicia y tutela judicial efectiva, en condiciones de igualdad y no discriminación, también incluye los derechos a la unidad familiar y a la libertad ambulatoria. .

Es decir, esta medida cautelar medida que se solicita se corresponde con los planteos que hemos realizado a la largo de esta acción, no pretende suspender ordenes de expulsión dictadas, o la modificaciones de actos administrativos ya resueltos, tan sólo supone la suspensión de ciertas reformas al procedimiento migratorio que introdujo el DNU 70/2017 y la suspensión del procedimiento migratorio excepcional que creó el mencionado Decreto.

Asimismo, para el caso de que V.S. lo considere pertinente, por estar en juego las reglas mismas del debate democrático, y las condiciones mínimas que exige el art. 99 inc. 3 para el dictado de decretos de necesidad y urgencia, sobre todo, aquella referida a la

prohibición de regular a través de esa herramientas cuestiones en materia penal, como se expuso en el capítulo VII de esta demanada, solicitamos se suspenda por completo los efectos que emanan del DNU 70/17 hasta que recaiga sentencia sobre el fondo de la cuestión.

A punto seguido acreditamos la concurrencia de los requisitos de admisibilidad para las medidas cautelares contra el Estado Nacional -Conf. Ley 26.854-.

XV.iii.- VEROSIMILITUD EN EL DERECHO:

La verosimilitud en el derecho invocado se justifica por doble vía. Desde un punto de vista formal, el DNU impugnado no satisface los requisitos mínimos que la Constitución Nacional exige para su dictado, ver en este sentido lo señalado en el Capítulo VII de esta acción judicial y en particular, la cuestión vinculada a la falta de competencia para el dictado de este tipo de decretos, cuando refieren a materia penal, conforme los términos del art. 99 inc. 3.

Más allá de esto, nos interesa señalar que la verosimilitud del derecho está atada a las consideraciones jurídicas desarrolladas en materia de un real y efectivo derecho al reconocimiento de garantías mínimas del debido proceso legal, a la tutela judicial efectiva y a la libertad ambulatoria sobre todo en aquellos trámites de expulsión del territorio, donde lo que está en juego, es la posible modificación de la historia o plan de vida de una persona, conforme lo destacamos en el **Capítulo VIII** de esta acción judicial.

En el contexto señalado, más allá de la consideración acerca de que los actos emanados del PEN se presumen válidos y ejecutables, dicha presunción admite prueba en contrario; máxime si los vicios de los que adolece la norma son de una manifiesta evidencia.

En idéntica línea se expidió la Corte Suprema Nacional al afirmar “...*que dicha presunción de legitimidad de los actos administrativos no puede siquiera constituirse frente a supuestos de actos que adolecen de una invalidez evidente y manifiesta...*”. (Fallos: 293:133).

De todas formas, para el caso de que V.S. considere insuficiente la prueba de la verosimilitud en el derecho invocado, solicitamos tenga en cuenta lo dispuesto por la Corte Suprema Nacional en autos “*CAMACHO ACOSTA, MAXIMINO C/ GRAFI GRAF S.R.L. Y OTROS*”; donde se instauró un estándar sobre la concurrencia de los requisitos exigidos para la concesión de medidas cautelares, afirmándose que ante mayor urgencia por el peligro en la demora, menor debiera ser la exigencia de acreditación sobre la verosimilitud del derecho invocado (Fallos 320:1633).

XV.iv.- PELIGRO EN LA DEMORA:

La acción interpuesta pretende asegurar la protección de derechos humanos y derechos individuales homogéneos de todas aquellas personas sometidas a trámites administrativos de expulsión a los que se les afecta de manera actual o inminente, en sus aspectos comunes como consecuencia de la aplicación general de las disposiciones del DNU 70/2017, sus garantías mínimas de debido proceso legal, tutela judicial efectiva y libertad ambulatoria, en condiciones de igualdad y no discriminación.

Los artículos que se solicitan su suspensión están relacionado con aquellas situaciones que pueden perjudicial sin reparación posible ulterior o con una reparación muy dificultosa. Es posible suponer que además de casos de expulsión que se concreten en los próximos días, también explica el peligro en la demora la situación de firmeza de actos administrativos de expulsión que no puedan recurrirse, por falta de acceso a la asistencia jurídica. O supongamos, casos de retención que limiten en términos materiales poder desarrollar una estrategia de defensa en el procedimiento migratorio sumarísimo.

En consecuencia, el peligro en la demora se justifica por varios motivos. En primer lugar, de no suspenderse en forma cautelar los artículos previamente señalados, se materializarán violaciones a derechos humanos de imposible o dificultosa reparación ulterior. Por ejemplo, entienda que V.S. la reparación de una expulsión del territorio porque no se respetaron las garantías mínimas de debido proceso o el acceso a la justicia a partir de la aplicación del decreto 70/2017, lo constituye el retorno al territorio, que en algunas casos, podrá implicar la imposibilidad de que ello se concrete, o el retorno pueda darse después de varios días, semanas o meses.

Tenga en cuenta V.S. que la falta de intervención judicial en tiempo oportuno configurará una denegación en el acceso a la justicia en plazos razonables, ya que de nada sirven las sentencias favorables cuando un daño irreparable se ha producido. En idéntica línea se ha ubicado la Corte Suprema Nacional al sostener que "...la protección de los derechos fundamentales está inescindiblemente unida a la tutela oportuna, la cual requiere de procedimientos cautelares o urgentes, y de medidas conservativas o innovativas...", en autos "GRUPO CLARIN S.A. Y OTROS S/ MEDIDAS CAUTELARES" (Fallos: 589:XLVII).

En segundo lugar, la denegación de una medida cautelar en el escenario planteado desnaturalizará los fines de la acción de amparo; herramienta que propende a evitar la concreción de daños cuya reparación ulterior es imposible, o al menos muy dificultosa.

Conviene tener presente, por cierto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante CSJN) señaló en el caso Thomas del 2010⁶³: al momento de evaluar pedidos de medidas cautelares los jueces "...deben valorar de forma equilibrada los hechos del caso, así como las normas y principios jurídicos en juego, y resolver las tensiones entre ellos mediante

⁶³ Fallos T. 333 P. 1023, consideración 9.

una ponderación adecuada que logre obtener una realización lo más completa posible de las reglas y principios fundamentales del derecho en el grado y jerarquía en que éstos son valorados por el ordenamiento jurídico”.

Por eso, aún siguiendo este criterio estricto de la Corte para aceptar medidas cautelares, en el caso ambos extremos (verosimilitud en el derecho y peligro en la demora) se encuentran claramente reunidos en el caso de autos, y la medida solicitada resulta razonable en función de los planteos realizados en la acción.

XV.v.- EXENCION DE CONTRACAUTELA:

Solicitamos se nos exima de presentar contracautela, en virtud de que con la presente promovemos una acción de interés público, reclamando por derechos colectivos de rango constitucional cuyo acceso a la justicia debe ser favorecido, en términos de igualdad y como garantía de tutela efectiva -Conf. Art. 75-22 y 23 CN.-.

En su defecto, para el caso de que V.S. considere necesario cumplimentar este requisitos, solicitamos que con el presente escrito tenga por realizada la caución juratoria de nuestra parte (Conf. Art. 10 Ley 26.584).

XV.vi.- NO AFECTACION GRAVE AL INTERES PUBLICO:

Debemos resaltar que esta parte ha controvertido el cumplimiento de requisitos formales y sustanciales para el dictado de un Decreto de Necesidad y Urgencia; además de probar que la norma impugnada restringe el derecho a las garantías mínimas de debido proceso legal, la tutela judicial efectiva y la libertad ambulatoria de grupos tradicionalmente postergados y/o débilmente protegidos.

Por ello, existirá una grave afectación al interés público en caso de que no se suspendan cautelarmente los efectos del acto administrativo atacado. De esta forma, al invertirse la cuestión, la no afectación del interés público deja de ser un requisito habilitante y, en cambio, se convierte en uno de los motivos que justifican el dictado de la manda cautelar. Ello por cuanto el DNU puesto en crisis afectará derechos humanos que su protección forma parte del interés público de todo estado de derecho.

Sobre la concesión de medidas cautelares tendientes a evitar la violación de derechos humanos, cabe tener en cuenta lo expuesto por el Comité de Derechos Humanos que, en su Observación General No 31, sostuvo: *“...El Comité opina, además, que el derecho a un recurso efectivo puede, en ciertas circunstancias, requerir que los Estados Parte establezcan e implementen medidas provisionales o cautelares para evitar la continuación de*

las violaciones y para asegurar la reparación de todo daño causado por dichas violaciones lo más temprano posible..."⁶⁴. (el destacado nos pertenece).

Además, conviene tener en cuenta que V.S. de suspender los artículos solicitados, no le quita herramientas a la autoridad migratoria para cumplir con sus fines, ya que las reglas de debido proceso y acceso a la justicia serán aquellas que están previstas en el la ley 25.871 y en el decreto reglamentario.

XV.vii.- EL DICTADO DE LA MANDA CAUTELAR NO OCASIONARA EFECTOS JURIDICOS O MATERIALES IRREVERSIBLES:

La pretensión cautelar de suspensión de los artículos del DNU citados no afectará de forma irreversible a los intereses del Estado Nacional, pues de los mismos considerandos de la norma administrativa surge que no existe necesidad ni urgencia tal que justifique su dictado. Por ello, suspender los artículos citados solo implicará mantener incólume los procedimientos estipulados por la Ley 25.871 hasta tanto recaiga sentencia sobre el fondo de la cuestión.

Por el contrario, lo que efectivamente ocasionará daños irreversibles es la inmediata ejecutabilidad del DNU, al afectar derechos humanos de imposible o muy dificultosa reparación ulterior⁶⁵, lo que podrá causar responsabilidad internacional por parte del Estado Argentino. Así lo ha manifestado la propia Comisión Interamericana de Derechos Humanos al señalar ***"En muchos casos, una vez que la deportación se ha consumado, la falta de recursos económicos o de asistencia legal representan, para los migrantes, obstáculos infranqueables en su acceso a la justicia"***⁶⁶.

XV.viii.- INCONSTITUCIONALIDAD DEL ART. 3 INC. 4 LEY 26.854:

En lo que respecta a la medida cautelar solicitada, cabe tener en cuenta que sus efectos no son asimilables a los de una sentencia definitiva, pues mientras en las primeras

⁶⁴ Comité de Derechos Humanos, Observación General No 31, *"La naturaleza de las obligaciones legales generales impuestas por el Pacto a los Estados parte"*, 26 de mayo de 2004, párrafo 19. Disponible en https://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CCPR/00_2_obs_grales_Cte%20DerHum%20%5BCCPR%5D.html#GEN31

⁶⁵ VALLEFÍN, Carlos A., *"Medidas cautelares frente al Estado. Continuidades y rupturas"*, Ed. AD-HOC, 1ra. ed. 2013, pp. 66/67.

⁶⁶ Comisión IDH, Informe "Derechos humanos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazados internos: Normas y Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos", párr. 323.

solo se otorga una tutela provisional, en las segundas se garantiza una tutela continua y efectiva⁶⁷ (Conf. art. 18 CN y arts. 8.1. y 25 CADH).

Sin perjuicio de lo expuesto, para el caso que V.S. lo considere necesario, solicitamos se declare la inconstitucionalidad del art. 3 inc. 4 Ley 26.854 que prohíbe la coincidencia entre el objeto cautelar y el de fondo. Ello, por cuanto el caso planteado involucra la violación a derechos de imposible reparación ulterior, razón por la que, de no mediar una suspensión cautelar, se tornaría ilusoria la resolución del fondo de la cuestión planteada⁶⁸.

En idéntica línea se ubicó la Corte Suprema Nacional al sostener que *"...la alzada no podía desentenderse del tratamiento concreto de las alegaciones formuladas so color de incurrir en prejujamiento, pues en ciertas ocasiones -como ocurre en la medida de no innovar y en la medida cautelar innovativa-existen fundamentos de hecho y de derecho que imponen al tribunal expedirse provisionalmente sobre la índole de la petición formulada..."* (fallos 325:2367; 334:1691; entre otros)(el destacado nos pertenece).

XVI.- BENEFICIO DE LITIGAR SIN GASTOS.

La acción colectiva es una herramienta que permite a la comunidad llevar a cabo un control sobre la actividad estatal. De esta forma, la sociedad encuentra un mecanismo de control de alto impacto para discutir en un pie de igualdad con las autoridades públicas. Pero, dentro de dicho contexto, es determinante sortear aquellos obstáculos que impidan a los sectores más vulnerables plantear sus conflictos ante los estrados judiciales ya que, si los impedimentos terminan superponiéndose sobre las acciones, al fin y al cabo de nada servirá contar con mecanismos de control estatal que únicamente implican una expresión de buenos deseos.

El acceso a la justicia exige la prosecución de mecanismos idóneos que permitan a los afectados ingresar a los estrados judiciales en tiempo y forma en procura de sus derechos lesionados. Razón por la cual, de no contar con el beneficio de justicia gratuita, bien podría afirmarse que el derecho irrestricto a la justicia se encuentra obstaculizado.

⁶⁷ "...limitada a aquel período de tiempo que deberá transcurrir entre la emanación de la providencia cautelar y la emanación de otra providencia jurisdiccional, que, en la terminología común, se indica, en contraposición a la calificación de cautelar dada a la primera, con la calificación de definitiva. La provisoriedad de las providencias cautelares sería, pues, un aspecto y una consecuencia de la relación que tiene lugar entre los efectos de la providencia antecedente (cautelar) y los de la providencia subsiguiente (definitiva), el incido de los cuales señalaría la cesación de los efectos de la primera...", CALAMANDREI, Piero, "Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares", Ed. El Foro, 1996, pp. 37

⁶⁸ VALLEFÍN, Op. Cit, pp. 98.

Por los motivos expuestos y teniendo en cuenta el fuerte interés estatal que existe en la protección de los derechos humanos puestos en peligro, solicitamos a V.S. nos conceda el beneficio de justicia gratuita.

XVII.- SOLICITA SE INFORME AL REGISTRO PÚBLICO DE PROCESOS COLECTIVOS:

Dada la naturaleza colectiva de la acción interpuesta y a los efectos de evitar sentencias contradictorias sobre las mismas cuestiones de fondo, solicitamos se informe al Registro Público de Procesos Colectivos que hemos iniciado acción de amparo colectivo, cuya pretensión requiere la declaración de nulidad del DNU 70/2017.

XVIII.- PRUEBA:

Sobre la prueba a producir a lo largo del presente, más allá de la que oportunamente ofrecemos, solicitamos tenga en cuenta que el PEN se encuentra en mejores circunstancias para demostrar la veracidad de los acontecimientos que considera para el dictado del DNU.

Es conveniente que se ordene a la accionada acompañar las actuaciones administrativas, impulsadas por la Dirección Nacional de Migraciones, para tomar conocimiento de las dependencias administrativas que intervinieron y los fundamentos jurídicos que ofrecieron para el dictado de la norma aquí atacada. También será conducente contar con los datos estadísticos oficiales que mencionó el PEN; ello a los efectos de que V.S. determine si sus afirmaciones no son producto de un análisis manifiestamente sesgado.

Por lo expuesto, en base al deber de colaboración que debe garantizarse en todo litigio, solicitamos que al momento de evacuar el informe del art. 4 Ley 26.854 se ordene al PEN acompañar la prueba documental de la cual se sirvió para afirmar sus dichos.

XVIII.i.- DOCUMENTAL:

1.- Copia simple estatuto del Centro de Estudios Legales y Sociales y del poder general a favor de Gastón Chillier.

2. Copia simple de estatuto de Comisión para la protección de migrantes y refugiados (CAREF) y acta de designación de su vicepresidente.

3.- Copia simple del estatuto del Colectivo contra la Discriminación, COPADI, y acta de designación de su presidente, Soledad Puyó.

4. Copia simple del DNU 70/2017.

XIX.- EN SUBSIDIO SOLICITA RECONDUCCION PROCESAL:

A los efectos de evitar caer en excesivos rigorismos formales capaces de atentar contra el acceso irrestricto a la justicia en plazos razonables, solicitamos a V.S. que para el hipotético caso de considerar que el presente reclamo no se condice con la vía del amparo, lo reconduzca a los carriles del proceso sumarísimo (Conf. arts. 36 y 498 CPCCN).

XX.- PLANTEA RESERVA DE CASO FEDERAL:

Eventualmente, para el caso de que se rechace el planteo interpuesto, hacemos formal reserva de caso federal por encontrarse en juego derechos y garantías fundamentales de todo Estado de Derecho, entre las cuales se encuentran **(1.)** El principio de división de poderes (Conf. art. 1, 99 y 75 de la CN); **(2.)** La garantía de debido proceso; art. 8 y 25 de la CADH y art. 18 de la CN, y art. 75 inc. 22 y los tratados internacionales que la aseguran allí previstos **(3.)** El acceso irrestricto a la justicia en plazos razonables; art. 25 de la CADH y art. 75 inc 22 los tratados internacionales que la aseguran allí previstos **(4.)** El derecho de todas aquellas personas que requieren una tutela procesal diferenciada, conf. art. 16, 20, 75 inc 23 de la CN y art. 24, 8 y 25 de la CADH.

XXI- AUTORIZACIONES:

Venimos a autorizar para realizar consultas, retirar expediente, compulsarlo y retirar fotocopias, y/o oficios, a Margarita Trovato, Tomas Griffa y Andres Lopez Cabello.

XXII.- PETITORIO:

Por las consideraciones de hecho y derecho expuestas a lo largo del presente, esta parte solicita a V.S.,

1.- Nos tenga presentados en legal tiempo y forma.

2.- Certifique la presente como acción colectiva, nos designe como adecuados representantes del colectivo identificado y ordene la inscripción de este amparo colectivo en el Registro Público de Procesos Colectivos.

3.-. Dicte una medida cautelar interina hasta que se evacúe el informe de ley, conforme lo solicitado y, oportunamente, conceda medida cautelar, y suspenda los efectos de los de la nueva redacción de los arts. 54; 62 bis; 69 a 69 undecies (inclusive); 70; 74 bis; 86 y 90.

4. Si así lo considerase V.S., declare una medida de no innovar que suspenda los efectos del DNU 70/17 hasta tanto recaiga sentencia sobre el fondo de la cuestión.

5.- Nos conceda el beneficio de litigar sin gastos.

6.- Aplique cargas dinámicas probatorias para que la accionada desvirtúe la fuerte presunción de nulidad que pesa sobre la norma impugnada. A su vez, que tenga por producida la documental que se acompaña.

7.- Oportunamente, y como pretensión de fondo y en los términos del remedio solicitado, se declare la nulidad, ilegalidad e inconstitucionalidad del DNU 70/2017 en tanto resulta ser una decisión del Poder Ejecutivo Nacional contraria a los derechos reconocidos a nivel constitucional e internacional a favor de todas las personas migrantes que se encuentran bajo la jurisdicción del Estado

8.- Tenga por formalizada la reserva de caso federal.

Proveer de conformidad,
ES DERECHO.-