



Defensoría del Pueblo
Ciudad Autónoma de Buenos Aires

INFORME TÉCNICO DNU 70/17

Producido por: Subdirección de Migrantes
Dra. Camila Carril

La Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a través de la Subdirección de Migrantes, forma parte de un circuito institucional abocado a atender distintas situaciones que atraviesa la población migrante que transita o reside en esta Ciudad. La promoción de la regularización migratoria y la puesta en marcha de mecanismos que colaboren en ese propósito, son parte de la razón de ser de este circuito de articulación entre instituciones públicas y organizaciones de la sociedad civil que cuentan con conocimiento especializado en temas migratorios. En algunos casos se trata de mecanismos formales que incluso, están previstos por la misma Ley de Migraciones N° 25.871; en otros se trabaja a partir del establecimiento de acuerdos de colaboración con cierto nivel de informalidad.

En especial, es importante destacar la articulación de determinadas situaciones con la Dirección Nacional de Migraciones (DNM), a partir del Convenio de Colaboración suscrito entre ambas instituciones. En este marco, considerando el impacto en el trabajo cotidiano que traerán aparejados los cambios introducidos por el DNU 70/17 a la Ley 25.871 y a la Ley 346, resulta de interés su estudio.

Ello así, en el presente informe se analizarán, por un lado, los aspectos formales en torno a la sanción del DNU y, por el otro, las modificaciones introducidas a las normas mencionadas. Luego, se expondrán algunas consideraciones respecto de los alcances e implicancias de estas modificaciones, en particular, teniendo presente la misión institucional de la Defensoría del Pueblo como organismo de garantías y promoción de derechos humanos.

I.- Aspectos de forma

I.I.- Seguridad pública y criminalidad como fundamentos para la modificación de la política migratoria. La modificación a la Ley 346.

El carácter excepcional del uso de la herramienta contenida en el art. 99 inc. 3 de nuestra Constitución Nacional ha sido expuesto por la CSJN al sostener que "...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).

Sin embargo, podrá observarse que no se cumplen los recaudos formales que habilitan su dictado. En efecto, no hay imposibilidad material de que se reúna el Poder Legislativo, ni tampoco una situación de urgencia que exija una solución inmediata incompatible con el plazo del trámite ordinario de las leyes (cf. doctrina CSJN de fallos 322:1726; 333:633; 338:1048, entre otros).



Defensoría del Pueblo
Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Un breve repaso de las principales razones que alegó el Poder Ejecutivo para dictar el DNU permite descartar el segundo supuesto.

En primer término, señala que las dificultades para llevar adelante las decisiones sobre admisión y expulsión de extranjeros a causa de la duración de los procedimientos administrativos y judiciales puede acarrear responsabilidad internacional en los términos fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Cita como ejemplo que los procedimientos pueden durar hasta 400 días hábiles y añade 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”. Sentencia que estos aspectos dificultan 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”.

Este argumento resulta contradictorio a los propios estándares fijados por la Corte IDH en los precedentes que cita el DNU. En efecto, adviértase que según dicho Tribunal “los Estados no pueden subordinar o condicionar la observancia del principio de la igualdad ante la ley y la no discriminación a la consecución de los objetivos de sus políticas públicas, cualesquiera que sean éstas, incluidas las de carácter migratorio. Este principio de carácter general debe respetarse y garantizarse siempre. Cualquier actuación u omisión en sentido contrario es incompatible con los instrumentos internacionales de derechos humanos” (OC 18/03, párr. 172). Y, en sentido concordante, que los recursos “no solo deben existir formalmente en la legislación sino que deben ser efectivos, esto es, cumplir con el objetivo de obtener sin demora una decisión sobre la legalidad del arresto o de la detención”. Ha reiterado la Corte que “el derecho a impugnar el fallo busca proteger el derecho de defensa, en la medida en que otorga la posibilidad de interponer un recurso para evitar que quede firme una decisión adoptada en un procedimiento viciado y que contiene errores que ocasionarán un perjuicio indebido a los intereses del justiciable. La doble conformidad judicial, expresada mediante la íntegra revisión del fallo condenatorio o sancionatorio, confirma el fundamento y otorga mayor credibilidad al acto jurisdiccional del Estado, y al mismo tiempo brinda mayor seguridad y tutela a los derechos del condenado. En este sentido, el derecho a recurrir del fallo, reconocido por la Convención, no se satisface con la mera existencia de un órgano de grado superior al que juzgó y emitió el fallo condenatorio o sancionatorio, ante el que la persona afectada tenga o pueda tener acceso. Para que haya una verdadera revisión de la sentencia, en el sentido requerido por la Convención, es preciso que el tribunal superior reúna las características jurisdiccionales que lo legitiman para conocer del caso concreto. Sobre este punto, si bien los Estados tienen cierta discrecionalidad para regular el ejercicio de ese recurso, no pueden establecer restricciones o requisitos que infrinjan la esencia misma del derecho a recurrir del fallo. La posibilidad de —recurrir del fallo debe ser accesible, sin requerir mayores complejidades que tornen ilusorio este derecho (caso Velez Loor v. Panamá, párr. 129 y 179).



Defensoría del Pueblo
Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Es decir, la duración del procedimiento no puede justificar el avasallamiento del derecho de defensa y debido proceso, lo que podría acarrear responsabilidad internacional del Estado argentino. Así, solo como ejemplo de lo señalado, esta Defensoría del Pueblo ha advertido demoras en la resolución de trámites por parte de la Dirección Nacional de Migraciones, que van de 2 a 5 años. Sin embargo, el DNU plantea la reducción de plazos para la interposición de recursos, mas no para la resolución de los expedientes. De este modo, se coloca la responsabilidad de la duración del procedimiento en cabeza de la persona migrante, quien tendrá un exiguo plazo para plantear sus defensas, y se ignora que es el propio Estado quien lo impulsa e instruye de oficio (cf. Ley 19.549 art. 1 inc. a).

El complejo entramado recursivo es el mismo que se dispone en la Ley 19.549 (recurso de reconsideración con jerárquico en subsidio, alzada y revisión) y que ha sido objeto de críticas en el marco administrativista, por el exiguo plazo que fija para interponer un recurso, el que paradójicamente se ve reducido en el nuevo procedimiento establecido por el DNU, en aras de la garantía de plazo razonable. Esta garantía es en favor del administrado y no en su contra, como finalmente ha resuelto el DNU.

Más allá de todo, lo que no se vislumbra es la interrelación entre la duración del procedimiento y la repercusión de ello en la seguridad pública. Mucho menos, la urgencia en modificar por esta vía toda una política migratoria.

Como segundo argumento, incorpora datos estadísticos al indicar 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 que hay un 33% de extranjeros en el Servicio Penitenciario Federal por delitos vinculados a la narco-criminalidad. Sobre esta base entiende 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 coma cinco por ciento (4,5%)”.

Estos datos están sesgados y descontextualizados, no obstante, entiendo que tampoco ameritan la urgencia para emitir una norma por fuera de los canales establecidos por nuestra Constitución Nacional. Más aún si se considera que los delitos que menciona en forma particular, entre ellos, el tráfico de armas y de estupefacientes, trata de personas, genocidio, crímenes de guerra, actos de terrorismo o delitos de lesa humanidad y de todo otro acto susceptible de ser juzgado por la Corte Penal Internacional, ya estaban sancionados gravemente en la Ley 25.871, en línea a los objetivos signados en su art. 3. A mayor abundamiento, en lugar de velar por los objetivos de la Ley, el Estado a través del DNU propicia, estimula, favorece y profundiza la situación de particular vulnerabilidad en la que se encuentran las personas migrantes.



Defensoría del Pueblo
Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Lo que se observa es que bajo el pretexto de “la necesidad de llevar adelante nuevas estrategias contra el delito y la violencia” y la “naturaleza excepcional de la situación planteada”, se han modificado de forma permanente aspectos sustanciales de una ley modelo en el mundo, en perjuicio de la población migrante y con un claro sesgo discriminatorio.

Cabe recordar, al respecto, que la Corte Suprema ha rechazado este tipo de prácticas a través de Decretos de Necesidad y Urgencia, al sostener que “...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).

Justamente, se trata aquí de una reforma permanente a una Ley que ha sido sancionada con un amplio consenso social, político e institucional.

Esa reforma a través de un DNU que no explica cuál es la situación de urgencia que amerita la inmediata medida por fuera de los canales establecidos en nuestra Constitución Nacional para la sanción de las leyes, no resulta respetuosa de la letra del art. 99. 3.

Por otra parte, el Poder Ejecutivo señaló que “se ha advertido otra modalidad de fraude a la Ley Migratoria que hace indispensable modificar la Ley N° 346 de Ciudadanía, a fin de precisar que es requisito tener residencia permanente o temporaria de forma continua en los DOS (2) años anteriores, a los efectos del cómputo del arraigo necesario para acceder a la nacionalidad por naturalización.”

Ya ni siquiera se exponen argumentos para llevar adelante esta modificación por la excepcional vía de los DNU. En efecto, si se tratara del mismo argumento que el expuesto para la modificación de la Ley 25.871, este cambio luce irrazonable. Ello así, en tanto la regulación normativa para la adquisición de la ciudadanía argentina exige acreditar medios de vida lícitos, lo que se prueba con numerosos informes que el juez solicita a las distintas fuerzas de seguridad, que informarán si posee antecedentes penales. Entonces, ¿por qué habría necesidad y urgencia en modificar esta norma en lo atinente a la forma de probar el arraigo?

En conclusión, el DNU omite toda explicación sobre por qué los procedimientos migratorios que se dilatan inciden en la situación de seguridad pública y por qué ello amerita una reforma integral que abarca a cualquier delito con pena privativa de la libertad (no solo a los delitos asociados a la narco- criminalidad) y a las infracciones administrativas. Peor aún, no se entiende cómo esta situación amerita también la reforma de una cuestión procesal como lo es la acreditación del arraigo, en los procesos de ciudadanía. Por ello, no cumple con los recaudos fácticos habilitantes para su dictado sino que muestra la clara intención de modificar la política migratoria al margen de la división de poderes y de las garantías básicas de debido proceso y acceso a la justicia en condiciones de igualdad y no discriminación.



Defensoría del Pueblo
Ciudad Autónoma de Buenos Aires

I.II.- Legislación en materia penal

De acuerdo a las consideraciones del Poder Ejecutivo Nacional es el propio Estado el que señala que 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”. Es más, agrega 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. Finalmente, enfatiza que por “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”.

A partir de estas consideraciones el Poder Ejecutivo introdujo por DNU modificaciones a los artículos 29 y 62 de la Ley 25.871 legislando en materia penal, en contravención a la expresa prohibición constitucional del art. 99 inc. 3 CN.

Recuérdese que el art. 99 inc. 3 de la CN además de los límites materiales señalados dispone una prohibición absoluta al indicar 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”. Sin embargo, se han introducido modificaciones a los artículos 29 y 62 de la Ley 25.871 y con ello, se ha ampliado el universo de personas que pueden verse alcanzadas por una orden de expulsión y por una medida privativa de la libertad a fin de asegurar su cumplimiento.

Así, del juego de los artículos 29 y 62 se desprende la eliminación de la limitación temporal para el ingreso y permanencia de extranjeros (lo que conlleva la expulsión del país), por condenas o antecedentes que se correspondan a delitos con penas mayores a 3 años. Según la nueva redacción cabe la expulsión en caso de haber sido condenado o estar cumpliendo condena, o tener antecedentes o condena no firme *por delitos que merezcan según las leyes argentinas pena privativa de libertad*.

Por su parte, a través de las modificaciones a los artículos 69 y 70 estableció nuevos supuestos, condiciones y plazos para la privación de libertad de las personas migrantes que puedan ser objeto de un proceso de expulsión, es decir, amplió el instituto de la retención preventiva.

La interpretación sobre qué es materia penal en los términos del 99.3 debe ser amplia y no susceptible de una definición meramente formal, tal como ha sido expuesto por la CSJN en materia tributaria (fallos 326:417).

Ello así, en relación a este aspecto cabe indagar la competencia del Poder Ejecutivo para promover esta reforma considerando los efectos coactivos que derivan del dictado de una orden de expulsión que pueda llevar como accesorio una retención preventiva y de su ejecución cuando estuviere firme. Es decir, los efectos jurídicos análogos de las regulaciones



Defensoría del Pueblo
Ciudad Autónoma de Buenos Aires

sobre expulsión y retención (detención) pueden ser considerados materia penal, prohibida por el art. 99. 3 de la CN.

En otra línea, es importante considerar la obligación en cabeza del Poder Judicial y del Ministerio Público Fiscal que se ha incluido en el artículo 29. Se dispuso así que: “El PODER JUDICIAL y el MINISTERIO PÚBLICO FISCAL deberán notificar a la DIRECCIÓN NACIONAL DE MIGRACIONES de todo auto de procesamiento firme, cierre de la investigación preparatoria o acto procesal equiparable y de toda condena por delito penal dictada contra un extranjero en el plazo de CINCO (5) días hábiles de producido. El incumplimiento será considerado falta grave en los términos del artículo 14, inciso “A”, apartado 7), de la Ley N° 24.937 (T.O. 1999) y sus modificatorias.”

Esta obligación modifica los términos de la Ley 22.117, complementaria del Código Penal (art. 14), por cuanto incluye a la Dirección Nacional de Migraciones como ente oficial de registro penal.

Cabe destacar, que 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 que manda al Registro Nacional de Reincidencia a centralizar la información referida a los procesos penales sustanciados en cualquier jurisdicción, conforme al régimen que fija (art. 1).

Téngase presente que 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). A tal fin, la Ley 22.117 establece pautas expresas para el tratamiento de la información regulando qué actos procesales deben comunicarse, a quién, con qué finalidad y en qué plazos. El legislador no incluyó a la Dirección Nacional de Migraciones, como organismo de registro en dicha norma.

En consecuencia, también deben ser indagadas las atribuciones del Poder Ejecutivo para ampliar los entes oficiales de registro en tanto, prima facie, es competencia de otro Poder del Estado disponer dicha modificación registral en materia penal.



Defensoría del Pueblo
Ciudad Autónoma de Buenos Aires

II.- Aspectos sustanciales

Preliminarmente, corresponde realizar una breve reseña de los artículos que han sido modificados.

Art. 20

Modifica el plazo de vigencia de la precaria reduciéndolo de 180 a 90 días.

No resulta válida para generar arraigo, lo que implica, por ejemplo, que la persona no podría alegar muchos años de residencia precaria para obtener una residencia permanente. Asimismo, no es útil para obtener la ciudadanía argentina. Desarrollaré este punto en el acápite II.II.

Incluye dentro del artículo 20, el otorgamiento de la residencia precaria de extranjeros judicializados que estaba regulado en el art. 69 de la Ley 25.871.

Art. 20 bis

Este artículo fue incorporado y prevé para casos de interposición de recursos administrativos o judiciales contra medidas de declaración de irregularidad, que la autoridad de aplicación podrá otorgar un “permiso de permanencia transitoria”, que será revocable cuando se desnaturalicen los motivos que se tuvieron en cuenta para su otorgamiento. Si la persona sale del país, esta residencia no habilita su reingreso.

Art. 29

Incorpora la obligación de informar la existencia de antecedentes penales o condenas o requerimientos judiciales o de fuerzas de seguridad. Su omisión es causal impidiendo el ingreso y permanencia. Esta exigencia estaba regulada mediante la firma de una declaración jurada, en el decreto 616/10 pero no era causal impidiendo su omisión. No queda claro el alcance de esta obligación.

Elimina la limitación temporal de expulsión por condenas o antecedentes que se correspondan a delitos con penas mayores a 3 años. En tal sentido, a modo de ejemplo, la venta ambulante que pueda implicar infracción a la ley de marcas, una tentativa de hurto, una protesta o manifestación pública que pueda derivar en una investigación penal, son causas que obstan al ingreso y permanencia.

Incorpora la definición de antecedente pero solo para los incisos c), d), h) y j): *entiéndase por antecedentes a todo auto de procesamiento firme, cierre de la investigación preparatoria o acto procesal equiparable*. De este modo hay dos definiciones de antecedentes: la del decreto 616/10 (que se aplicará solo al inciso f) y la de la Ley que incluye más supuestos.

Impone al Juez y al MPF la obligación de notificar a la DNM todo auto de procesamiento firme, cierre de la IPP o todo acto procesal equiparable y de toda condena por delito penal contra un extranjero en el plazo de 5 DÍAS HÁBILES de producido. Su incumplimiento es



Defensoría del Pueblo
Ciudad Autónoma de Buenos Aires

considerado FALTA GRAVE (conforme art. 14 inc. a Ley 24937). He analizado este tema en el punto precedente.

Reduce la posibilidad de excepción por reunificación familiar o razones humanitarias a los casos de migrantes con impedimento por presentar documentación falsa, por ingresar por paso no habilitado y a los que incumplieron los requisitos de la ley (incisos a, k y m) así como a quienes están comprendidos dentro de los impedimentos del inciso c) pero sus causas corresponden a delitos cuya pena privativa de la libertad no exceda de los 3 años de prisión o sean de carácter culposo. Para la reunificación familiar deberá acreditarse la CONVIVENCIA del grupo familiar y no se considerará a los efectos de la reunificación familiar a los extranjeros que se hubieran desinteresado tanto afectiva como económicamente de sus hijos. Tal desinterés deberá ser comprobado.

Incluye como admisión excepcional a quienes brinden información en sede judicial sobre alguno de los delitos al orden migratorio, en los cuales tomó conocimiento en calidad de sujeto pasivo. Regula específicamente este caso de “auxilio eficaz a la justicia”.

Art. 54

Regula en materia de notificaciones, que si no se constituye domicilio alguno, o el denunciado no existe la persona quedará notificada en el término de 2 días hábiles en la mesa de entradas de la DNM. Queda autorizado el uso de medios electrónicos para la realización de todo trámite migratorio y para las notificaciones de acuerdo a la reglamentación de la presente, los que serán válidos también en el expediente judicial.

Art. 62

Incluye la cancelación de residencia por haber omitido informar sobre la existencia de antecedentes penales, condenas o requerimientos judicial o de fuerzas de seguridad.

Elimina la limitación temporal de cancelación de la residencia por delito doloso que merezca pena privativa de la libertad mayor de 5 años o la conducta reiterante en la comisión de delitos. Se cancela cuando fuere condenado aunque esa condena no esté firme. Si la condena está firme, la cancelación es AUTOMÁTICA, es decir, en el marco de la misma causa una vez que hay sentencia condenatoria firme (y desde ese momento cuenta el plazo para recurrir en el marco del procedimiento sumarísimo). También se impone la obligación al PJ y al MPF de comunicar en 5 días y su incumplimiento es falta grave.

Se pueden dispensar por reunificación familiar (progenitor, hijo o cónyuge de ciudadano argentino) los incisos a) y e) y en los supuestos del inciso c) y de cancelación automática, para los casos que corresponden a delitos cuya pena privativa de la libertad no exceda de los 3 años de prisión o sean de carácter culposo. Ello se prueba de igual modo que lo regulado en el art. 29.

Las cancelaciones deben informarse INMEDIATAMENTE al Registro Nacional de las Personas, Administración Nacional de la Seguridad Social y Registro Nacional de Reincidencia.



Defensoría del Pueblo
Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Art. 62 bis

Se incorpora este artículo que limita el control judicial al disponer 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.

Art. 63

Aumenta los años de prohibición de reingreso para todos los casos, salvo inciso b, a 8 años. La prohibición de reingreso podrá ser de un mínimo de 1 año en los casos de avenimiento (solo procede para los artículos 29 incs. k y m y 62 incs. d y e).

Art. 69

Introduce el procedimiento especial sumarísimo para los impedimentos del art. 29 incs. a) a k) y 62 a, b, c y f, o en los restantes supuestos de los artículos 29 y 62 que impliquen **gravedad institucional**.

Queda excluida irregularidad (art. 61), incumplimiento de los requisitos exigidos por la ley (generalmente es el rechazo por no haber presentado alguna documentación), cancelación por permanencia fuera del país y desnaturalizar las razones que motivaron la concesión de la residencia que irían por el procedimiento ordinario, si es que no implican gravedad institucional.

-Se elimina el recurso de reconsideración y la alzada. Se acorta el plazo para interponer los recursos a TRES DÍAS HÁBILES improrrogables desde la notificación o cancelación automática (sentencia condenatoria firme) y TRES DÍAS hábiles (eran 30) desde que se agota el procedimiento administrativo para interponer el recurso judicial. En forma paralela al recurso puede pedirse la retención preventiva. La vista se otorga por TRES DÍAS hábiles.

-El recurso de revisión se interpone ante la DNM en TRES DÍAS HÁBILES desde el agotamiento de la vía, con patrocinio y fundado. DNM lo remite al juez en 3 días. El juez "debe" rechazarlo in limine si se interpuso sin patrocinio o sin fundamentos. Debe resolver en 3 días hábiles. Previo a resolver, el juez da traslado a la DNM y al fiscal (por dos días) para que se expidan sobre la habilitación de la instancia. El juez deberá resolver en UN DÍAS hábil sobre ella.

La sentencia versará sobre la expulsión y la procedencia de la retención. No puede el juez revisar otras cuestiones no propuestas.

-Retención accesoria: No es necesario iniciar expediente de retención separado sino que puede requerirse en el mismo expediente de expulsión.

-Improrrogabilidad de los plazos.

-Recursos ante Juzgado Contencioso Administrativo de primera instancia, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (3 días) y Corte Suprema de



Defensoría del Pueblo
Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Justicia de la Nación. La Cámara debe expedirse en 3 días hábiles. Dictada la sentencia de Cámara y habiendo quedado firme o denegado el recurso extraordinario federal se ejecutará la medida de expulsión.

-Las oficinas públicas y entidades privadas deberán contestar pedidos de informes o remitir el expediente dentro de 5 días hábiles para los casos del proceso previsto en el art. 74 de la Ley, 3 días para el proceso sumarísimo, y 2 para retención del art. 70. Se sanciona su incumplimiento, conforme Ley 25.164, art. 23, con sanciones disciplinarias.

-Supletoriamente aplica Código Procesal Civil y Comercial.

Art. 70

Se puede pedir la RETENCIÓN PREVENTIVA considerando las circunstancias particulares de hecho y derecho.

El plazo de retención se aumentó de 15 a 30 días prorrogables por igual término. Brinda pautas de por qué puede prolongarse esa retención. Dispone que “Las acciones o procesos recursivos suspenderán el cómputo del plazo de retención hasta su resolución definitiva”, es decir, se suspenden estos plazos si fue interpuesto un recurso.

Cambia también los casos de excepción a la retención y los limita a hijos argentinos nativos “menores” o con discapacidad (quita padre, madre, cónyuge).

Fija que en los casos de retenciones provisorias o las que estén incursas en “gravedad institucional”, las Cámaras deberán designar juzgado de turno que resuelva la concesión o rechazo dentro de las 6 horas.

Art. 74 bis

Este artículo incorpora un nuevo modo anormal de terminación del proceso. Señala que se tiene por desistida la vía administrativa y judicial cuando se comprueba que el extranjero estuvo fuera del país por más de 60 días corridos.

Art. 82

Ciñe la suspensión de los efectos del acto, a los supuestos de los arts. 69 quinquies, septies, 74 y 84, hasta tanto quede firme.

Art. 86

Se modifican los supuestos de intervención y se lo circunscribe a los procedimientos administrativos y judiciales que puedan llevar a la “denegación de su residencia legal o a la expulsión del país”. Antes estaban incluidos los procedimientos que pudieran llevar a la denegación de su entrada y al retorno a su país de origen.



Defensoría del Pueblo
Ciudad Autónoma de Buenos Aires

La notificación al MPD se hará en aquellos casos en que el migrante acredite carecer de medios económicos y las actuaciones no quedan suspendidas (como lo era antes) hasta que se tome la intervención. Deberá tomar intervención en 3 días hábiles.

Art. 89 bis

Nuevo artículo que circunscribe el alcance del control judicial (remisión al 89). El juez puede ordenar la producción de las pruebas denegadas en sede administrativa en un plazo de 20 días hábiles.

Art. 90

Se deroga el recurso de revisión establecido en este artículo que alcanzaba a violaciones del debido proceso, arbitrariedad o hechos nuevos de entidad suficiente.

II.I.- Vulneración del acceso a la justicia y debido proceso. Omisión de enfoque de niñez.

De la reseña efectuada ya es posible vislumbrar los cambios que operan sobre el debido proceso adjetivo, en desmedro del derecho de defensa y acceso a la justicia de la población migrante que tradicionalmente ha sido reconocida como grupo vulnerable. Estos cambios alcanzan a toda la población migrante, aún a aquella que no posea ningún antecedente penal, tal como desarrollaré seguidamente.

Por empezar, se ha introducido una nueva forma de notificación en el art. 54 que redundará en perjuicio de quienes vivan en barrios de emergencia, precarios, donde el correo no ingrese por resultar zona peligrosa. Así, si no se constituye domicilio alguno, o el denunciado no existe la persona quedará notificada en el término de 2 días hábiles en la mesa de entradas de la DNM. Este procedimiento es más gravoso aún que el dispuesto en la reglamentación de la Ley de Procedimientos Administrativos para los casos de domicilios inciertos (art. 42). Téngase presente que comenzará a regir desde este momento un plazo para recurrir la medida que se hubiere notificado, sin importar que tipo de medida sea. En este sentido, la gravedad de ciertas medidas, como podría ser una orden de expulsión, hacen dudar cuanto menos, de su notificación por este medio. Las personas que encuadren en este colectivo, no verán promovido su derecho de acceso a la justicia sino por el contrario, lo verán lesionado.

A su vez, se ha introducido un nuevo modo anormal de terminación del proceso, permanecer fuera del país por más de 60 días corridos. Esta regulación va en contra de la búsqueda de la verdad material que debe primar en todo procedimiento administrativo. Ello, ya que no importa el motivo por el que se fue la persona ni mucho menos si está actuando sin patrocinio en el marco del expediente administrativo. Téngase presente que muchas personas viajan a país de origen por cuestiones familiares. A su vez, que no se exige patrocinio para el procedimiento por lo que una persona en situación de vulnerabilidad como lo es un migrante, podría desconocer esta cuestión jurídica tan específica que regula si mantiene o



Defensoría del Pueblo
Ciudad Autónoma de Buenos Aires

no su derecho. A todo evento, parece insuficiente el plazo concedido para entender que se desistió del proceso, en desmedro del acceso a la justicia.

En sentido concordante, se ha suprimido de la oferta de recursos, la revisión dispuesta por el art. 90. Este artículo era más amplio que el art. 22 de la Ley 19.549, por cuanto permitía la revisión cuando se comprueben casos de error, omisión o arbitrariedad manifiesta, violaciones al debido proceso, o cuando hechos nuevos de entidad suficiente justifiquen dicha medida.

Este recurso permitía revisar aquellas decisiones firmes, respecto de las cuales la persona hubiere variado su situación de vida. ¿Cuál es la finalidad de eliminar este recurso, en relación a los objetivos mencionados para el dictado del DNU?

En los aspectos genéricos también se ha modificado el art. 86, ya que la notificación al Ministerio Público de la Defensa se hará en aquellos casos en que el migrante acredite carecer de medios económicos y las actuaciones no quedarán suspendidas hasta que se tome la intervención. Es decir, quien se notifique deberá tramitar algunos de los documentos dispuestos por la disposición 165/14, sea un informe social, carta de pobreza o certificado consular que acredite la situación de pobreza. Es sabido que no es posible en la realidad obtener, en el exiguo plazo de 3 días, ninguno de los documentos allí regulados. De este modo, se ciñe el acceso a la justicia de los más vulnerables.

En materia de retenciones, parece grave que se circunscriba su plazo de duración a la actividad recursiva desplegada por el afectado. En efecto, si bien la norma dispone un plazo máximo mayor que su precedente, ese plazo se verá suspendido si fue interpuesto un recurso. Pareciera desalentar la interposición de recursos y con ello, el ejercicio del derecho de defensa del interesado.

En torno a estas cuestiones generales, no quiero dejar de señalar que la obligación de informar de modo inmediato al RNP, RNR, y a la ANSES las cancelaciones dispuestas, no solo resulta contradictorio con los efectos suspensivos del acto que la misma norma dispone sino que, además, priva al afectado de continuar gozando de un derecho (como podría ser una asignación familiar o una jubilación) o de su mismo ejercicio (el cobro del salario con el DNI que se ha cancelado) hasta que la medida quede firme. No contempla que la persona puede tener a cargo una familia, ni ninguna cuestión particular que hace al desarrollo de la vida con el DNI que le fue cancelado. En especial, omite considerar que puede haber niños que se vean afectados por la medida. Al respecto, la Corte IDH ha señalado en su opinión consultiva 21/14 que “en aras de que el derecho a recurrir ante una autoridad judicial y a la protección judicial sea eficaz, es necesario que el recurso judicial mediante el cual se impugna una decisión en materia migratoria tenga efectos suspensivos, de manera que de tratarse de una orden de deportación ésta debe ser suspendida hasta tanto no se haya proferido decisión judicial de la instancia ante la que se recurre. Sólo de esa forma se pueden proteger de manera efectiva los derechos de las niñas y niños migrantes” (párr. 142).



Defensoría del Pueblo
Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Quiero destacar la gravedad de la disposición que señala que las oficinas públicas y entidades privadas deberán contestar pedidos de informes o remitir el expediente dentro de 5 días hábiles para los casos del proceso previsto en el art. 74 de la Ley, 3 días para el proceso sumarísimo, y 2 para retención del art. 70. Ello favorece situaciones de control de permanencia que han sido objeto de duras críticas durante la vigencia de la Ley Videla.

Ahora bien, en relación a los impedimentos regulados en el art. 29, cabe realizar algunas reflexiones. En primer término, que no es una modificación que alcance solo a quienes estuvieren o hubieren estado en conflicto con la ley penal. Nótese que los impedimentos también incluyen cuestiones de índole administrativa, como lo es el ingreso por paso no habilitado, que se verán alcanzadas por los cambios operados en la norma. En efecto, se limitó la forma de probar la “reunificación familiar”, pilar de la ley, a quienes probaren de modo fehaciente “convivencia”. ¿Acaso no existen formas de familia que no impliquen convivencia?

La mayor gravedad de la norma se observa en el establecimiento de un procedimiento sumarísimo que abarca a los impedimentos del art. 29 incs. a) a k) y 62 a, b, c y f, y a los restantes supuestos de los artículos 29 y 62 que impliquen **gravedad institucional**. Queda librado así un amplio margen de discrecionalidad que permitiría que aún aquellos impedimentos que no van por esta vía sumaria (irregularidad, cancelación por permanencia fuera del país y desnaturalizar las razones que motivaron la concesión de la residencia), queden igual comprendidos con la sola alegación de gravedad institucional.

El procedimiento recursivo pautado en la Ley 25.871 en sus artículos 74 y concordantes queda reducido e inclusive, podría quedar desnaturalizado. El mecanismo de tres días hábiles para recurrir, en forma “fundada”, no parece cumplir con los objetivos de la Ley 25.871 sino más bien, privar a un colectivo tradicionalmente considerado vulnerable, del derecho de acceso a la justicia y debido proceso. ¿Cómo puede construirse una defensa técnica adecuada en tan exiguo plazo?

A su vez, nótese que si el recurso es infundado o presentado ante la justicia in pauperis forma deberá ser rechazado in limine. De igual modo, si la persona no alegó en sus fundamentos ante la Dirección Nacional de Migraciones razones de reunificación familiar, ya no podrá ser considerada por el juez. Es decir, el juez no puede dispensar un impedimento por reunificación familiar, ni tampoco ordenar la producción de pruebas nuevas debiendo remitir las actuaciones a la Dirección Nacional de Migraciones quien, en definitiva, tendrá la decisión final. Esto omite una vez más, el enfoque de niñez que debe ser tenido en cuenta por el Estado en sus regulaciones. Así lo ha expresado la Corte IDH al sostener que “si bien el debido proceso y sus correlativas garantías son aplicables a todas las personas, en el caso de las niñas y niños migrantes, el ejercicio de aquéllos supone, por las condiciones especiales en las que se encuentran, la adopción de ciertas medidas específicas con el propósito de asegurar un acceso a la justicia en condiciones de igualdad, garantizar un efectivo debido proceso y velar por que el interés superior se erija en una consideración primordial en todas las decisiones administrativas o judiciales que se adopten. Sobre estas



Defensoría del Pueblo
Ciudad Autónoma de Buenos Aires

consideraciones se deben formular los procesos administrativos o judiciales en los que se resuelva acerca de derechos de las niñas o niños migrantes y, en su caso, de las personas bajo cuya potestad o tutela se hallan aquéllos [...], los cuales deben ajustarse a su condición, necesidades y derechos” (OC 21/14, párr. 115).

Por su parte, al disponer la improrrogabilidad de los plazos, no cabe posibilidad de alegar cuestiones por fuera de los 3 días pautados.

De este modo, se observa que la naturaleza del recurso es meramente formal y no real, ya que a la persona migrante le queda un acotado margen para ver garantizado su derecho de defensa. Tal es así, que desde el momento de la notificación, deberá acreditar fehacientemente su situación de pobreza ante la DNM para acceder a un abogado, a quien se le dará vista de las actuaciones, luego de lo cual tendrá un plazo de 3 días para recurrir fundadamente la medida. A su vez, si quisiera tomar vista de las actuaciones sólo tendrá 3 días para hacerlo suspendiéndose el plazo para la interposición del recurso por única vez.

La Corte IDH ha señalado que “se vulnera el derecho a las garantías y a la protección judicial por varios motivos: por el riesgo de la persona cuando acude a las instancias administrativas o judiciales de ser deportada, expulsada o privada de su libertad, y por la negativa de la prestación de un servicio público gratuito de defensa legal a su favor, lo cual impide que se hagan valer los derechos en juicio. Al respecto, **el Estado debe garantizar que el acceso a la justicia sea no solo formal sino real**” (OC 18/03, párr. 126).

Entiendo que este procedimiento, no es respetuoso de las garantías contenidas en los arts. 8 y 25 de la CADH, en razón de que no garantiza el efectivo acceso a la justicia ni una revisión real de lo actuado.

II.II.-Las categorías migratorias como condición para el acceso a la ciudadanía.

La norma modifica la Ley 346, señalando que para obtener la ciudadanía por naturalización se requiere **RESIDENCIA temporaria o permanente continua, durante 2 años anteriores a la solicitud.**

Por un lado, es contrario al art. 20 de la CN que solo habla de residencia continua. Por el otro, modifica la doctrina sentada por la CSJN que interpretó el requisito, en “Ni, I-Hsing s/carta de ciudadanía” del 23 de junio de 2009, y señaló que “la sanción de la ley 23.059, al derogar la ley de facto 21.795 y restablecer la vigencia de la originaria ley 346, implicó la **supresión del requisito exigido por aquéllas en orden a la legalidad de la residencia** requerida para ser ciudadano por naturalización” (Causa nº 7342/2013 -S.I.- “S. Y. s/ SOLICITUD DE CARTA DE CIUDADANÍA” de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal de la Capital Federal, 21/05/2014 y sus citas).



Defensoría del Pueblo
Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Lo más preocupante es que no hay argumentos para modificar esta Ley, ya que el DNU se centra en “los hechos de criminalidad organizada” en tanto que la obtención de la ciudadanía exige acreditar medios de vida lícitos, lo que se prueba con numerosos informes que el Juez solicita a las distintas fuerzas de seguridad. De este modo, ¿cuál es el sentido de modificar la forma de probar el arraigo?

III.- A modo de cierre

Está claro que las dificultades presentes en materia de seguridad pública y ciudadana constituyen un problema, grave y complejo, que preocupa a esta Defensoría tanto como al conjunto de la sociedad. Pero entiendo que ello no es motivo suficiente, mucho menos razonable, para que se implemente sustancial modificación a la política migratoria argentina, de la manera impuesta por el Poder Ejecutivo Nacional. Pues, el DNU N° 70/2017 no introduce novedades al respecto si se considera que en su original artículo 29, la Ley 25.871 ya regulaba impedimentos al acceso a la regularidad migratoria si se tenía conflictos con la ley penal. Y regulaba, en particular, de un modo aún más preciso aquellos supuestos relativos a delitos graves, en los que se sustenta el dictado del DNU, tales como el tráfico de armas, personas o estupefacientes, promoción o facilitación del ingreso ilegal de personas, o el delito de explotación sexual (incisos c, f y h del original art. 29).

Que el DNU 70/2017 se funde en la “Emergencia de la Seguridad Pública”, declarada mediante el Decreto 228/2016 y 50/2017, y que su entrada en vigor sea propuesta como medida tendiente a combatir “hechos de criminalidad organizada” así como “delitos vinculados a la narcocriminalidad”, parecen ser argumentos elaborados a la medida de los reclamos de la sociedad y de las exigencias de los medios de comunicación masiva, antes que para garantizar la seguridad ciudadana. Parece ser también una forma de discriminación solapada que además de favorecer prácticas de xenofobia y violencia contra la población migrante, atenúa la indeterminación de una política de Estado que enfrente a los verdaderos y reales responsables de la violencia y la criminalidad.

Por el contrario, el DNU 70/2017 sí afecta a quienes hayan cometido delitos menores (con penas previstas en menos de 3 años, por ejemplo). Para graficar, el Decreto habilita el desmembramiento de un grupo familiar porque uno de sus miembros pudo haber cometido un delito menor como la ocupación de una vivienda o una tentativa de hurto; aun cuando el grupo familiar tenga integrantes menores de 18 años de edad, y dependan económica y afectivamente de quien se vio presuntamente involucrado en un delito.

Más aún, los plazos del Procedimiento Sumarísimo regulado desde la entrada en vigencia del DNU habilitan la expulsión de una persona migrante en exiguos plazos, por haber cometido una infracción administrativa como lo es el ingreso por paso no habilitado. Y si bien



Defensoría del Pueblo
Ciudad Autónoma de Buenos Aires

en estos casos resulta posible eximir el impedimento por reunificación familiar, dicha potestad se transforma en exclusiva de la DNM, en tanto si no fue considerada en sede administrativa, no es posible que sea decidida por un juez.

En rigor, este Procedimiento Sumario alcanza a todos los supuestos con excepción de unas pocas situaciones, a saber: las declaraciones de irregularidad (art. 61), los rechazos de trámites por no cumplir con la presentación de alguna documentación (art. 29 inc. m) y las cancelaciones por permanecer fuera del país o por haberse desnaturalizado las razones que motivaron la concesión de la residencia (art. 62 incs. d y e). Sin embargo, el procedimiento sumario podría también aplicarse a éstos últimos, si la DNM entiende que hay gravedad institucional.

La brevedad de los plazos se dirige de forma exclusiva a la población migrante y no a la DNM quien es la principal causante de las demoras en la resolución de los trámites. De este modo me pregunto ¿cuál es la real motivación de reducir a 3 días el derecho de la persona a recurrir la decisión de la autoridad migratoria en forma fundada? ¿Cómo es posible garantizar la defensa técnica adecuada en tan breve plazo? Y ello sin pensar en quienes podrían estar notificados sin saberlo, puesto que el nuevo régimen habilita un modo de notificación gravoso en términos de acceso a la justicia, si se considera que los asentamientos precarios podrían quedar notificados en la Mesa de Entradas de la DNM. Y con la notificación se activa el procedimiento de 3 días para recurrir, el que una vez transcurrido sin presentación alguna, otorga firmeza y ejecutoriedad al acto, que ahora tampoco será susceptible de revisión, en tanto esta oferta recursiva fue derogada. Solo queda como opción, la **expulsión sin derecho**.

En conclusión, el DNU establece un procedimiento que afecta los derechos de los más vulnerables y vacía de contenido el derecho de acceso a la justicia, debido proceso y defensa técnica adecuada. Por ello, merece el rechazo de esta Defensoría del Pueblo como organismo de derechos humanos que promueve, defiende y garantiza los derechos de la población migrante en la Ciudad de Buenos Aires.

Dra. Camila Carril
Subdirectora de Migrantes
Subsecretaría de Derechos Humanos y Seguridad
Defensoría del Pueblo de la C.A.B.A.