



Poder Judicial de la Nación
CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
FEDERAL- SALA V

Expte. Nº 3061/2017

CENTRO DE ESTUDIOS
LEGALES Y SOCIALES Y
OTROS c/ EN-DNM s/AMPARO
LEY 16.986

Buenos Aires, 22 de marzo de 2018.-


WALTER LARA-CORREA
SECRETARIO DE CÁMARA

VISTOS Y CONSIDERANDO:

El Sr. Juez de Cámara, Dr. Jorge Federico Alemany dijo:

I.- Que el juez de primera instancia desestimó la acción de amparo colectivo interpuesta por el Centro de Estudios Legales y Sociales, la Comisión Argentina para Refugiados y Migrantes, y el Colectivo por la Diversidad, tendiente a que se declarase, la nulidad absoluta e insanable del decreto de necesidad y urgencia 70/17, modificatorio de la ley 25.871 por resultar o ser violatorio del principio de legalidad y del debido proceso.

Sin perjuicio de ello, interpretó lo establecido en el artículo 69, septies, tercer párrafo, de esa ley, incorporado por el artículo 16 del decreto 70/17, en el sentido de que la función del Ministerio Público Fiscal no debe entenderse como exclusivamente limitada a dictaminar sobre la "habilitación de la instancia judicial". Además, dispuso que para resguardar el derecho a la asistencia jurídica previsto en el artículo 86 de la ley 25.871, la autoridad migratoria deberá hacerles saber a los extranjeros sujetos a procedimientos que pudieran implicar la denegación de la residencia o la expulsión, que les asiste ese derecho y, en el caso de que manifestasen que carecen de medios económicos suficientes, el organismo deberá dar intervención al Defensor Oficial de turno para que los asista. Impuso las costas del pleito en el orden causado.

Como fundamento, señaló que, en virtud de las razones expuestas en el dictamen del Fiscal Federal de fs. 587/623, en el proceso colectivo no correspondía tratar lo relativo al nuevo modo anormal de terminación del proceso migratorio introducido en el artículo 74 bis de la ley 25.871, y lo relacionado con la dispensa por razones de reunificación

familiar, introducido por el artículo 7° del decreto cuestionado en los artículos 62 y 62 bis de esa ley.

En cuanto al fondo de la cuestión, en primer lugar, descartó lo argumentado en la demanda de amparo, en el sentido de que en el caso no se daban las circunstancias excepcionales previstas en el artículo 99, inciso 3°, de la Constitución Nacional ni la situación de necesidad y urgencia, exigidas para que el Poder Ejecutivo pudiera eludir la prohibición constitucional de emitir disposiciones de carácter legislativo; y, al mismo tiempo, desestimó que la materia legislada por el decreto tuviera naturaleza penal. Al respecto, señaló que en los casos de Fallos 322:1726; 326:3180 y 333:633, entre otros, la Corte Suprema interpretó que, para que el Poder Ejecutivo pueda ejercer válidamente facultades legislativas, debían darse alguna de las siguientes condiciones: a) que sea imposible dictar una ley mediante el trámite ordinario previsto para la sanción de ellas, vale decir, que las Cámaras del Congreso no puedan reunirse por circunstancias de fuerza mayor que lo impidan, b) que la situación que requiere solución legislativa sea de una urgencia tal que deba ser inmediata, en un plazo incompatible con el que demanda el trámite normal de las leyes.

Agregó que, después de más de una década de la reforma constitucional de 1994 fue sancionada la ley 26.122, que consideró "no impugnada" en ese juicio, por medio de la cual se reglamentó ese trámite y la intervención del Congreso, se constituyó la Comisión Bicameral Permanente, y se fijó el plazo de diez días para que ella se expidiera sobre la validez o invalidez del decreto de necesidad y urgencia, y elevara su dictamen al plenario de cada Cámara; que le dará tratamiento expreso e inmediato. Agregó que el decreto de necesidad y urgencia 70/17 ya había sido puesto a consideración del Congreso, que no tiene un plazo establecido en la Constitución o en ley para expedirse sobre su validez y, mientras tanto, conserva eficacia desde su dictado y entrada en vigencia (cfr. artículo 24 de la ley 26.122) y al tiempo del dictado de la sentencia apelada, aún no había transcurrido el período de sesiones ordinarias del Congreso.





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
FEDERAL- SALA V

Por otra parte, sostuvo que en el caso y prima facie se hallaban configuradas las circunstancias extraordinarias que justificaban el ejercicio excepcional de atribuciones legislativas por parte del Poder Ejecutivo y, con cita de Fallos 164:344 y la jurisprudencia de esta Cámara citada a fs. 632vta/633, sostuvo que lo relacionado con los procedimientos de expulsión de extranjero no constituía materia penal, sino administrativa.

En cuanto a las disposiciones específicamente cuestionadas en la demanda de amparo, descartó lo argumentado con relación a que en los artículos 4º y 6º del decreto en cuestión, al modificar los artículos 29 y 62 de la ley 25.871, se introdujeron nuevas causales que impiden el ingreso y la permanencia en el país, tal como el mero hecho de registrar “antecedentes” y la “condena no firme”, en el país o en el exterior, por delitos que según las leyes argentinas merezcan penas privativas de la libertad, mientras que en el texto de la ley 25.871 se exige un mínimo de tres años. Al respecto, señaló que toda Nación soberana tiene la facultad de prohibir la entrada y permanencia de los extranjeros a su territorio, y ninguna de las causales invocadas podía ser considerada como irrazonable, o arbitraria, por cuanto se trata de supuestos en los que las personas migrantes han incurrido en actos delictivos de particular gravedad, e inclusive, aunque no mediare una condena firme, de delitos que para la legislación argentina merecen, como reproche, penas privativas de la libertad. Destacó que las categorías se hallan objetivamente determinadas, y no revelan un trato discriminatorio o desigual.

En similar orden de ideas, expresó que tanto la prohibición de entrada como la cancelación de la residencia, y la expulsión del país no constituyen penas del derecho criminal; de modo tal que no se configuraba la invocada violación de los derechos fundamentales amparados por la Constitución, la Convención Interamericana de Derechos Humanos, ni los restantes tratados con jerarquía constitucional.

Por otra parte, también descartó lo argumentado con relación a que el plazo de tres días para interponer el denominado “recurso jerárquico” y para deducir el recurso judicial, incorporados en los artículos 69 quinquies y septies de la ley 25.871 por medio de los



artículos 14 y 16 del decreto 70/17, resultaban violatorios del derecho de defensa en juicio. Señaló que, por su naturaleza, los trámites migratorios debían estar reglamentados de modo sumario, y que la ley 16.986 y la ley 23.098 también establecen plazos muy breves, acordes con la naturaleza de los derechos controvertidos. En tal sentido, añadió que las personas sujetas al procedimiento sumarísimo establecido en el decreto de necesidad y urgencia 70/17 tienen la posibilidad de constituir un domicilio especial a los fines de recibir todas las notificaciones que les dirija la autoridad migratoria, de modo tal que tampoco resultaba atendible lo invocado con respecto a que la brevedad de tales plazos puede, de modo genérico, colocarlos en una situación de indefensión, y señaló que esta modalidad de notificación es la misma que está prevista en las diversas leyes de procedimiento, tanto judiciales como administrativos, de modo tal que ese régimen no vulneraba el derecho de defensa en juicio.

También descartó lo argumentado con respecto a la arbitrariedad e ilegalidad del régimen de la retención, en particular, la denominada “retención preventiva”, a la que se refiere el nuevo artículo 70 de la ley 25.871, sustituido por el artículo 21 del decreto de necesidad y urgencia impugnado. Señaló que esa privación temporaria de la libertad no constituye una pena, sino una medida administrativa de carácter instrumental tendiente a dar cumplimiento a la orden de expulsión; y que, a tal efecto, se establece un plazo de retención de 30 días, prorrogable por el mismo término. Destacó que, si bien la interposición de los recursos administrativos y judiciales suspende el cómputo del plazo máximo de esa privación temporaria de la libertad, en el séptimo párrafo del mencionado artículo 70 también se dispone, que una vez materializada la retención, la autoridad migratoria dará inmediato conocimiento de ella al juzgado federal que hubiera dictado la orden, con detalle de la ubicación del alojamiento temporal y de la fuerza de seguridad interviniente; de modo que la persona migrante ya cuenta con el debido amparo judicial.

II.- Que, contra esa sentencia, el Defensor del Pueblo de la Provincia de Buenos Aires apeló y fundó sus agravios a fs. 639/644vta, el Defensor del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires hizo lo propio a fs. 646/657vta; por su parte, el Centro de Estudios Legales y Sociales apeló y fundó su recurso a fs. 662/701vta, mientras que el Fiscal General de





Poder Judicial de la Nación

**CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
FEDERAL- SALA V**

Primera Instancia apeló a fs. 705/714vta, recurso que fue sostenido por el Fiscal General ante esta Cámara a fs. 722/728. Dichos recursos fueron replicados a fs. 770/835vta, 837/899vta, 901/919vta y 930/954vta.

En cuanto al caso interesa, corresponde señalar que el presente proceso colectivo fue certificado como tal e inscripto en el Registro de Procesos Colectivos establecido en la Acordada 32/2014, y al que se refiere la Acordada 12/2016. En consecuencia, a los demandantes les fue reconocida legitimación suficiente para representar a todo el conjunto o clase involucrada y, por tanto, carece de sentido admitir la multiplicidad de representantes para asumir la defensa de ella. En tal sentido, cabe advertir que la apelación interpuesta por el Fiscal General solamente puede ser admitida con relación a lo que constituye el gravamen a un interés o atribución propia, tal como lo es la relativa a la limitación de su intervención en el proceso migratorio al aspecto atinente a la habilitación de la instancia judicial, introducida en el artículo 69 septies, incorporado por medio del artículo 16 del decreto de necesidad y urgencia 70/17. Sobre este punto, en la sentencia apelada se aclaró que tal disposición no debe ser interpretada en el sentido de restringir las facultades del Ministerio Público previstas en la ley 27.148, por lo que ese órgano carece de un gravamen suficiente para deducir el recurso.

Por otra parte, y en cuanto a la intervención del Defensor del Pueblo de la Provincia de Buenos Aires y del Defensor del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, cabe señalar que, como regla y de conformidad con lo resuelto en Fallos 329:4542, los órganos locales carecen de atribuciones para cuestionar los actos emanados de las autoridades federales, excepto en la medida en que sus respectivas constituciones provinciales les atribuyan expresamente esa facultad, o las leyes nacionales se las reconozcan pues, de lo contrario, cualquier órgano local estaría facultado de modo autónomo y por su sola iniciativa y voluntad para cuestionar los actos de las autoridades federales (cfr. Fallos 340:745, considerados 6, 7 y 8).

III.- Que los demandantes se agravian por considerar que, en primer lugar, en el caso no se dan las circunstancias excepcionales que justifican que el Poder Ejecutivo emita disposiciones de carácter legislativo, es decir, la imposibilidad real de seguir el trámite ordinario



previsto para la sanción de las leyes y, además, afirman que en la motivación del decreto de necesidad y urgencia 70/17 se da cuenta de que se trata de reglamentar un aspecto accesorio de la política criminal, es decir, de reglamentar la materia penal, aspecto reservado al debate y sanción por el Congreso de la Nación.

En tal sentido, agregan que las razones de urgencia invocadas en la motivación del decreto de necesidad y urgencia impugnado, fundadas en el decreto 228 de 2016, mediante el cual fue declarada la “emergencia de seguridad pública” a fin de revertir el peligro colectivo creado por el crimen organizado y la criminalidad compleja, así como la observación relativa a que el 33% de los detenidos por crímenes vinculados a la narco-criminalidad son extranjeros, revelan una apreciación sesgada y se fundan en datos estadísticos desconocidos; en desmedro de los derechos de la mayoría de las personas migrantes respecto de la cual no existen ni se proporcionan evidencias objetivas de que verdaderamente tiendan en particular a cometer los delitos de esa clase.

Destacan que en Fallos 330:4554 se hizo referencia expresa a la causal de “proclividad al delito”, derogada por la ley 25.871, y que ya no puede constituir en sí misma un motivo para impedir el ingreso y la permanencia en el territorio nacional. Agregan que según lo ha puesto de manifiesto la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva OC-18/03, sobre la Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados y en el Caso de Personas Dominicanas y Haitianas Expulsadas vs. República Dominicana, del 28 de agosto de 2014, párrafos 155 a 158, el fenómeno migratorio obedece a múltiples razones que afectan a personas expuestas a situaciones que las tornan extremadamente frágiles, es decir, vulnerables; y el régimen migratorio debe atender a esa condición.

Además, argumentan que el decreto de necesidad y urgencia impugnado, en la medida en que establece como presupuestos de hecho tener antecedentes, condenas firmes o no por la comisión de cualesquiera clase de delitos que, según la legislación argentina, merezcan penas privativa de la libertad, viene a legislar “en materia penal”, es decir, sobre un aspecto que es propio de la coerción formalmente penal, o “colateral”, en los términos del caso “Padilla vs.





Poder Judicial de la Nación

**CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
FEDERAL- SALA V**

Kentucky” 559 U.S.356, en el que se consideró que la deportación no constituye una pena en el sentido del derecho criminal, pero constituye una penalidad o consecuencia difícilmente separable de la comisión de un delito.

Señalan que, como consecuencia de ello y, tal como se ha decidido en Fallos 333:633, consids. 10º y 11º, la validez de los decretos de necesidad y urgencia debe ser apreciada con criterio restrictivo, en la medida en que se trata de una seria excepción al reparto de competencias contenido en la Constitución Nacional; y que el ejercicio de facultades legislativas por parte del Poder Ejecutivo solamente se admite “bajo condiciones de rigurosa excepcionalidad y con sujeción a exigencias formales que constituyen una limitación y no una ampliación de la práctica seguida hasta entonces en el país (Verrocchi)”.

En semejante orden de ideas, señalan que hasta el momento, es decir, ya transcurrido el periodo de sesiones ordinarias correspondiente al año 2017, la Cámara de Diputados y la Cámara de Senadores no han ratificado expresamente el decreto de necesidad y urgencia 70/17, y al respecto señalan que si bien en el artículo 24 de la ley 26.122 se establece que “el rechazo por ambas Cámara del Congreso del decreto que se trate implica su derogación...”, ese precepto no puede ser interpretado en el sentido de que el silencio del órgano legislativo resulte suficiente para darle a un decreto presidencial la fuerza que es propia de una ley; por lo que, en ausencia de ratificación expresa no es posible asignarle fuerza de ley ni efectos vinculantes, máxime cuando el Congreso se halla en mora en darle tratamiento y aprobación expresa.

Por otra parte, cuestionan de manera específica los diversos preceptos contenidos en el decreto de necesidad y urgencia 70/17, relacionados con la ampliación de las causales previstas en los artículos 29 y 62 de la ley 25.871 con respecto a los supuestos de prohibición del ingreso, la permanencia, y la cancelación de la residencia. Al respecto sostienen que impedir el ingreso o la permanencia de personas extranjeras que “tienen antecedentes” o “condenas no firmes” por delitos que, según la legislación argentina merezcan penas privativas de la libertad sin consideración alguna al tiempo mínimo de la pena prevista para el delito de que se trata constituye una decisión propia del legislador, porque se vincula con el grado de reproche que merece la



conducta individual y, en el caso de los migrantes, los expone al riesgo cierto de que se les impida la entrada al país, o a que sean deportados. También cuestionan la definición de “antecedentes” (aspecto que ya había sido aclarado en el artículo 29 del decreto 616/10, reglamentario de la ley 25.871, y de conformidad con el cual constituye “antecedente” el auto de procesamiento, o la condena no firme, incluso recaída en el extranjero, excepto cuando el hecho que los origina no constituya delito para la ley argentina).

En particular, cuestionan el “procedimiento migratorio especial sumarísimo”, aplicable a todos los casos previstos en el artículo 29, desde el inciso a) hasta el inciso k); y en el artículo 62, incisos a), b), c), d) y f); así como los demás supuestos de cancelación de la residencia, y también aquellos que en el decreto cuestionado se caracterizan como “de gravedad institucional”.

En particular, impugnan lo establecido en el artículo 5º del decreto, por medio del cual se sustituyó el texto del artículo 54 de la ley 25.871, en el que ahora se establece que se considerará domicilio constituido a todos los efectos legales al informado al momento del ingreso en el territorio nacional, y se considerará válida la notificación dirigida al último domicilio constituido. Asimismo, impugnan el plazo de tres días para interponer el denominado “recurso jerárquico” contra el acto administrativo que ordena la expulsión, y el correspondiente recurso judicial, incorporados en los artículos 69 quinquies y septies de la ley 25.871, introducidos en los artículos 14 y 16 del decreto en cuestión. En síntesis, argumentan que en ese brevísimo plazo la persona migrante no puede hacer efectivo su derecho de defensa en juicio, con la debida asistencia letrada y, por ello, ese plazo resulta violatorio de las garantías mínimas exigidas en el artículo 8º de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, que se aplican para la determinación de los derechos de cualquier naturaleza, tal como lo decidió la Corte Interamericana en el caso Baena vs. Panamá, del 2 de febrero de 2001, parágrafo 137; y Tribunal Constitucional vs. Perú, del 31 de enero de 2001, párrafos 71 y 83, que constituyen el fundamento de la doctrina de Fallos 335:1126; así como en el caso Velez Loor vs. Panamá, del 23 de noviembre de 2010, párrafos 179 y 180, entre otros precedentes.





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL- SALA V

En semejante orden de ideas, controvierten la supresión de los recursos administrativos de reconsideración y “dealzada”, previstos en los artículos 75 y 79 de la ley 25.871 y, en particular, el régimen introducido para disponer la “retención preventiva”, por cuanto en el artículo 69 bis, incorporado por el artículo 11 del decreto de necesidad y urgencia 70/17, se establece que esa medida podrá ser solicitada “en todo momento del procedimiento administrativo o del proceso judicial” y, de acuerdo con el texto del artículo 70, modificado por medio del artículo 21 del decreto impugnado, ella procede “aún cuando la orden de expulsión no se encuentre firme” y por el plazo de 30 días, prorrogable por el mismo término, que se podrá extender mientras tramiten los recursos o acciones deducidos contra esa orden. De manera tal que, en la práctica, el tiempo de retención y la consiguiente privación de la libertad se extiende más allá de lo estrictamente necesario para materializar la orden de expulsión, y el mismo hecho de recurrir agrava la situación personal del migrante. También se agravian de la modificación introducida como artículo 74 bis, de conformidad con la cual se tendrá por desistida la vía administrativa y la judicial si se comprobare que el extranjero está ausente del territorio nacional por más de sesenta días corridos y continuos. Además, cuestionan lo establecido en el artículo 62 bis, con respecto a que la dispensa por razones de reunificación familiar a la que se refieren los artículos 29 y 62 sólo será otorgada de modo exclusivo por la autoridad administrativa, y no por la autoridad judicial, y que no será concedida si no se acredita la convivencia con el grupo familiar; pues queda librada a la discreción del organismo administrativo y restringe indebidamente el concepto de familia y de vínculo familiar, en términos incompatibles con la legislación civil. Finalmente, cuestionan el deber de notificar a la Dirección Nacional de Migraciones todo auto de procesamiento firme, cierre de la investigación preparatoria, o acto procesal equiparable, y toda condena por delito penal dictada contra un extranjero en el plazo de cinco días, establecida en el artículo 29 de la ley 25.871 modificado por el artículo 4º del decreto 70/17.

IV.- Que, en primer término, cabe señalar que el juicio de amparo tiene por objeto examinar si el acto o norma lesivos resultan



manifiestamente ilegítimos o arbitrarios (cfr. 288:262; 323:1825; 335:1996).

Desde ese punto de vista corresponde, entonces, examinar lo relativo al planteo de inconstitucionalidad del decreto 70/17, fundado en que no se han observado los requisitos constitucionales exigidos de modo excepcional para admitir que el Poder Ejecutivo dicte disposiciones de carácter y naturaleza legislativa. En los casos de Fallos 322:1726; 326:3180 y 333:633, entre otros, se ha puesto de manifiesto que el requisito relacionado con la imposibilidad de seguir el procedimiento ordinario para la sanción de las leyes no constituye una cuestión de mera conveniencia. Es decir, la Constitución no autoriza a eludir el debate y la intervención del Congreso en razón de la dificultad ocasional de reunir las mayorías necesarias, o de los tiempos que son propios del debate parlamentario, sino ante circunstancias de urgencia tales que deban ser solucionadas de inmediato y en un término incompatible con el que requiere el trámite normal de las leyes. En la motivación del decreto cuestionado se invoca la necesidad y urgencia en dar mayor celeridad a los procedimientos migratorios y a la declaración de emergencia en materia de seguridad, así como a la finalidad de prevenir de manera inmediata el ingreso o permanencia de extranjeros con antecedentes criminales graves, "... en particular, los delitos de tráfico de armas, de personas, de órganos y tejidos y de estupefacientes, lavado de dinero, inversiones en actividades ilícitas, trata de personas, genocidio, crímenes de guerra, actos de terrorismo o delitos de lesa humanidad y todo otro acto susceptible de ser juzgado por la Corte Penal Internacional".

La valoración relativa a si tales motivos configuran las razones de urgencia a las que se refiere el artículo 99 inciso 3º, de la Constitución Nacional ha sido oportunamente sometida a la Comisión Bicameral que, según lo dispuesto en los artículos 10, 19 y 21 de la ley 26.122, debe pronunciarse en el término de 10 días sobre la adecuación del decreto a los requisitos formales y sustanciales establecidos constitucionalmente para su dictado y elevar el respectivo dictamen a cada Cámara para su inmediato tratamiento. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 20 de esa ley, vencido el plazo para que la Comisión Bicameral emita su dictamen, las Cámaras se abocarán directamente al





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL- SALA V

tratamiento del decreto, de manera expresa e inmediata. Si bien en el artículo 24 se establece que la derogación y consecuente pérdida de vigencia del decreto de necesidad y urgencia está subordinada al “rechazo por ambas cámaras”, no es posible prescindir de que la propia ley reglamentaria exige el tratamiento expreso e inmediato; y la preservación de la vigencia del decreto de excepción solamente tiene sentido en la medida en que se respete ese parámetro. El mero silencio del Congreso carece de fuerza de ley ni puede dársele a una disposición de naturaleza legislativa dictada por el Poder Ejecutivo. Al respecto, y con relación a los decretos-leyes españoles, se ha señalado que “uno de los puntos que mayor dificultad interpretativa ha suscitado y que ha sido objeto de reiteradas polémicas, reside en los efectos de la falta de convalidación o derogación en plazo...”; y, ya con referencia a nuestro propio régimen constitucional, se ha sostenido que “...No puede, pues haber ratificación parlamentaria del reglamento de urgencia si la convalidación no se produce a través de la sanción de una ley. La aprobación “virtual”, “tácita”, “implícita”, debe, por consiguiente, ser descartada absolutamente porque no responde a los extremos exigidos para sustentar la validez de las medidas dictadas en las circunstancias mencionadas” (cfr. Carlos Manuel Grecco: “Ratificación Legislativa de los Decretos de Urgencia”, Fragmentos y Testimonios del Derecho Administrativo”. Editorial Ad-Hoc. Buenos Aires. 1999; pág. 155 y ss.). La ley 26.122, especial y reglamentaria del artículo 99, inciso 3º, de la Constitución Nacional, no ha resuelto claramente ese punto pues, de un lado, impone el tratamiento expreso e inmediato del decreto y, del otro, subordina la vigencia a su rechazo por ambas Cámaras del Congreso. En consecuencia, ¿Durante cuánto tiempo un decreto de necesidad y urgencia puede y debe estar sometido a tratamiento parlamentario y preservar su vigencia, si para adquirir fuerza de ley depende de que el Congreso, por cada una de sus Cámaras, lo ratifique de manera expresa?

En el caso, la sentencia de primera instancia fue dictada cuando aún no había vencido el período de sesiones ordinarias del Congreso, y en esos términos ha venido planteada la cuestión a esta Sala, que no debe sino pronunciarse acerca de la validez en que fue dictada la sentencia recurrida, sin alterar los términos en que ha sido planteado y resuelto el debate en la primera instancia; por lo que no



resultan atendibles los agravios expuestos al respecto. Por lo demás, aún no ha transcurrido un mes desde comienzo de las sesiones ordinarias correspondientes al corriente año.

En Fallos 333:633, entre otros precedentes, se destacó que corresponde examinar si en cada caso se hallan reunidos los requisitos (verdaderamente excepcionales) exigidos para que el Poder Ejecutivo pueda ejercer las facultades previstas en el artículo 99, inciso 3º, de la Constitución Nacional. En la especie lo cierto es que, tal como se ha expresado, en la motivación del decreto n° 70/17 se invocó la existencia de la necesidad y de urgencia en asegurar, de manera inmediata, una mayor celeridad en los procedimientos migratorios y prevenir el ingreso o permanencia de extranjeros con antecedentes penales de especial gravedad. Por su parte, la Asociación demandante sostiene que tales afirmaciones se fundan en estadísticas sesgadas, y de los términos de su expresión agravios se infiere que tampoco considera que esa dilación en los procedimientos migratorios, materia esencialmente dinámica, resulte indeseada o constituya una razón suficiente para justificar el dictado de un decreto de necesidad y urgencia. Se trata, entonces, de una divergencia sobre aspectos de hecho que ambas partes presentan de forma contrapuesta, y respecto de los que no se han introducidos elemento de prueba bastantes como para desvirtuar, de plano, la constitucionalidad de la medida. A tal efecto no basta con una mera divergencia estadística, y las demás circunstancias de la causa no alcanzan a evidenciar, de un modo patente y manifiesto, que **ab initio** haya sido ejercida con exceso de las atribuciones invocadas para decretarla; supuesto en el que no resultaría susceptible de ratificación legislativa.

En consecuencia corresponde que, dentro de un plazo razonable, la Comisión Bicameral Permanente dictamine respecto del cumplimiento de los requisitos formales y sustanciales establecidos constitucionalmente para su dictado, y el Congreso se expida al respecto; de conformidad con lo establecido en los artículos 2º y 10º, del Título II, y concordantes de la ley 26.122.

V.- Que, en segundo término, corresponde examinar los agravios relacionados con los requisitos sustanciales del decreto de





Poder Judicial de la Nación

**CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
FEDERAL- SALA V**

necesidad y urgencia 70/17, es decir, si legisla sobre materia prohibida, y si, con prescindencia de las formalidades con las que ha sido dictado, su contenido vulnera con ilegalidad o arbitrariedad manifiestas los derechos y garantías reconocidos en la Constitución Nacional, y en las convenciones internacionales a las que se refiere el artículo 75, inciso 22, de ella; en particular, la Convención Interamericana de Derechos Humanos.

VI.- Que corresponde entonces considerar el agravio relativo a que la materia reglamentada es de naturaleza “penal” porque constituye un instrumento de la política criminal del Estado y tiene por finalidad esencial la prevención de los delitos enunciados en la motivación del decreto de necesidad y urgencia 70/17. En rigor, no se trata de materia penal, sino de la denominada “coerción formalmente penal” o, como se explica en la expresión de agravios, de las consecuencias “colaterales” derivadas de la comisión, cierta o presunta, de los delitos. Tales consecuencias no son penas en el sentido del derecho criminal, sino restricciones o sanciones administrativas; es decir, medidas de esta última naturaleza. Sobre el particular, y en materia de actividad administrativa de policía, se distinguen las medidas de simple restablecimiento de la legalidad, tal como la denegación de la entrada al territorio o del visado, de las medidas que tienen carácter sancionatorio, tal como la expulsión o la deportación (cfr. Rebollo Puig, y otros: “Derecho Administrativo Sancionador” Ed Lex Nova, 2010, págs. 92 y 93).

En tal sentido, cabe examinar la inclusión de las denominadas “nuevas causales” que impiden el ingreso o la permanencia en el territorio nacional, en particular, el hecho de tener antecedentes penales, en los términos ya definidos en el artículo 29 del decreto 616/10, aunque se trate de delitos que para la legislación argentina merezcan una pena privativa de la libertad menor que tres años. Al respecto, no se advierte que lo dispuesto en tal sentido sea manifiestamente ilegal o arbitrario ya que, a primera vista, no se trata de supuestos de mayor gravedad o conductas que merezcan un grado de reproche menor que los supuestos ya legislados, por ejemplo, en el artículo 29, incisos a) y j), o en el artículo 62 incisos a) y d) de la ley 25.871.



Es decir, no resulta evidente que las causales objetadas conformen categorías que puedan ser consideradas como manifiestamente ilegítimas o arbitrarias, y descalificadas de plano sin formular previamente una consideración individual y del caso de que se trata. El proceso que culmina con la expulsión de un extranjero debe ser individual y evaluar las circunstancias de cada sujeto, sus antecedentes personales y familiares, y todas las demás circunstancias, de una manera que se eviten los estereotipos y se garantice un tratamiento igualitario y no discriminatorio. Por otra parte, la desestimación de la demanda de amparo colectivo no impide que el punto sea planteado nuevamente en cada caso particular.

VII.- Que, tanto la privación temporaria de la libertad como la expulsión han sido caracterizadas como actos sancionatorios, y en cualquier caso, por comportar una seria restricción a los derechos fundamentales, tienen como presupuesto inexcusable la observancia de un procedimiento previo que asegure las garantías mínimas a las que se refieren los artículos 7 y 8 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, pues el debido proceso constituye una garantía que debe ser asegurada a toda persona, con independencia de su status migratorio, y aunque se trate de un migrante en situación irregular.

Tales garantías mínimas, inicialmente concebidas para los procesos de naturaleza penal, se extienden a los procedimientos en los que se determinen los derechos de cualquier otra naturaleza (cfr. Fallos 335:1126), y comprenden el derecho a ser oído sin demora por un tribunal u órgano competente e imparcial; autorizado para ejercer funciones judiciales; a ser notificado de manera previa y detallada de los cargos que se le atribuyen; al patrocinio letrado y a reunirse de forma privada con su abogado para preparar su defensa; a producir las pruebas relativas a esa defensa y presentar e interrogar a los testigos o peritos; a que sus derechos se determinen dentro de un plazo razonable; a no ser detenido más que durante el término estrictamente necesario que exija el tipo de procedimiento de que se trate; a recurrir la decisión, que debe ser adecuadamente motivada y estar fundada en ley; y a la asistencia consular. Esas garantías deben ser aseguradas de manera efectiva, es decir, no solamente de iure o de una forma meramente declamatoria, sino





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
FEDERAL- SALA V

real y eficaz. (cfr. CIDH, caso Velez Loor vs. Panamá, del 23 de noviembre de 2010, parágrafos 179 y 180; Caso de Personas Dominicanas y Haitianas Expulsadas vs. República Dominicana, del 28 de agosto de 2014; ídem “Garantías Procesales en el Marco del Procedimientos de Deportación o Extradición”, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/10/4605/8.pdf>, ídem, www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/movilidadhumana.docx).

VIII.- Que, con respecto a lo establecido con relación a la constitución de un domicilio en el que serán válidas todas las notificaciones, es del caso tener presente que en el texto del artículo 54 de la ley 25.871 se establece que los extranjeros mantendrán actualizados ante la Dirección Nacional de Migraciones, por la vía y plazos que se indiquen en la reglamentación, los datos referidos a su domicilio, en donde se considerarán válidas todas las notificaciones. En el decreto 616/10, reglamentario de aquella, se establece que “todo 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 días de producido. La Dirección Nacional de Migraciones, previa comprobación de la identidad del firmante, procederá a efectuar el cambio. Si el extranjero actuare por apoderado o encomendare a un tercero cumplir con el trámite en su nombre, se exigirá que su firma esté debidamente certificada en la nota que dirija a la autoridad migratoria. La certificación de firma deberá hacerse por escribano público, autoridad policial o juez de paz. Cuando las actuaciones administrativas sustanciadas con motivo del otorgamiento de una residencia definitiva se encuentren concluidas, la Dirección Nacional de Migraciones deberá cursar sus notificaciones posteriores también al último domicilio que el extranjero hubiere informado al Registro Nacional de las Personas”.

Tales disposiciones rigen sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 61 de esa ley, con respecto a que si la autoridad migratoria verificara que la permanencia de un extranjero tiene carácter irregular, debe emplazarlo a regularizar su situación, en el plazo perentorio que fije a tal efecto y bajo apercibimiento de decretar su expulsión y, naturalmente, si no hubiera informado su domicilio, ese emplazamiento



debe llevarse a cabo de manera personal y efectiva. El inicio de todo procedimiento migratorio exige que, como regla, el interesado ponga su domicilio en conocimiento de la autoridad administrativa y lo mantenga actualizado. En tal sentido, el texto del artículo 54 introducido por el artículo 5º del decreto 70/17 no tiene otro alcance que el propio de un decreto reglamentario del procedimiento, ya que no modifica la letra ni el sentido del texto legal preexistente; ni se advierte que haya incurrido en un exceso que desvirtúe la finalidad de la ley.

En todo caso, las consecuencias concretas de no haber constituido el domicilio exigido en ese precepto, es decir, la notificación en lo “estrados” de las oficinas de la autoridad migratoria, deben ser cuestionadas caso por caso, porque este modo de notificación está previsto para quien promueve una determinada actuación administrativa y judicial, de naturaleza no penal, pero no está concebido para mantenerse de modo indefinido e inalterable en el tiempo. Tampoco es aceptable que en materia migratoria cualquier y toda notificación se tenga por diligenciada de un modo mecánico y con abstracción del deber de verificar si su destinatario ha podido tomar conocimiento efectivo, sin perjuicio de lo cual el interesado podrá, de todos modos, constituir el domicilio en el de su defensor. En tales condiciones, y con las salvedades indicadas, no se advierte vulneración al principio constitucional del debido proceso y, por ello, corresponde desestimar los agravios expuestos sobre el punto.

IX.- Que, con respecto a la supresión de los recursos de reconsideración y de “alzada”, previstos en los artículos 75 y 79 de la ley 25.871, y lo dispuesto en el artículo incorporado como 69 quinquies por el artículo 14 del decreto de necesidad y urgencia 70/17 en el sentido de que el acto mediante el cual el Director Nacional resuelve el recurso jerárquico “tendrá por agotada la vía administrativa”, cabe señalar que, en primer lugar, las garantías mínimas previstas en el artículo 8 y 25 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos exigen que el migrante sea oído por un tribunal u órgano autorizado para ejercer funciones jurisdiccionales, imparcial e independiente de la policía migratoria; requisito que no se satisface por la existencia de los recursos administrativos interpuestos ante los órganos de jerarquía superior y que





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL- SALA V

pertenecen a la misma dependencia o departamento político del gobierno. Además, si bien en el artículo 23 de la ley 19.549 se exige de manera genérica el previo agotamiento de la vía administrativa, en principio, lo relativo al modo en que concretamente queda agotada y a los recursos administrativos útiles para hacerlo constituye una materia librada a la reglamentación contenida en el decreto 1759/72 y sus modificatorios, que es la invocada por los apelantes. En suma, no se advierte de qué manera la existencia o inexistencia de los recursos administrativos referidos afectan las garantías mínimas que exige la Convención Interamericana de Derechos Humanos. En virtud de ello, tampoco pueden ser atendidos los planteos de los apelantes, pues no se evidencia en qué radica la invalidez de la medida.

X.- Que, en cambio, y con respecto al plazo de tres días previsto para interponer el recurso administrativo ante el Director Nacional de Migraciones, y para deducir el recurso judicial, previstos en los artículos incorporados como 69 quinquies y septies de la ley 25.871, cabe señalar que el caso de Fallos 333:1891, consid. 31º, la Corte Suprema declaró inconstitucional el plazo de tres días para apelar una sanción contravencional por considerarlo exiguo y violatorio del debido proceso. Al respecto, sostuvo que "...un recurso de apelación que debe ser presentado ante la autoridad policial en el término de tres días, fundamentado en el mismo acto, bajo apercibimiento de tenérselo por no interpuesto o declarar su admisibilidad....sin haber contado –como en el caso- con asistencia letrada, en modo alguno puede ser calificado “ex ante” como efectivo en los términos indicados. En este sentido, y con relación a este punto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha entendido que el deber de control judicial de las detenciones administrativas o policiales exige algo más que un recurso eventual, y dependiente de la voluntad del afectado...”. Al respecto, lo sostenido en la sentencia apelada con respecto a que el procedimiento sumarísimo tiene plazos abreviados similares a los establecidos en la ley 16.986 y en la ley 23.098, cabe señalar que ambos están previstos en el artículo 43 de la Constitución Nacional, y han sido concebidos como rápidos y expeditos a fin de conjurar los efectos de actos lesivos o detenciones arbitrarias; constituyen remedios constitucionales cuya finalidad consiste en proteger



las garantías individuales y no pueden ser interpretados en desmedro de ellas y, en todo caso, el vencimiento de los plazos en cuestión no impide de modo definitivo a los afectados la defensa en juicio de los derechos vulnerados en la medida en que disponen de otras vías para obtener su tutela. En consecuencia, corresponde admitir los agravios expuestos sobre este punto, ya que el plazo cuestionado vulnera de manera manifiesta la garantía del debido proceso.

XI.- Que similares consideraciones cabe formular con respecto a la “retención preventiva” reglamentada en el artículo incorporados como 69 bis, así como en el texto del artículo 70, sustituido por el artículo 21 del decreto de necesidad y urgencia 70/17, por cuanto en ellos se establece que la retención preventiva “podrá ser pedida en todo momento del procedimiento administrativo o del proceso judicial” y si bien se dispone que “el tiempo de retención no podrá exceder el indispensable para hacer efectiva la expulsión del extranjero”, también se dispone que “las acciones o procesos recursivos suspenderán el cómputo del plazo de retención hasta su resolución definitiva”.

De manera tal que lo que debe constituir una medida instrumental, pues la privación de la libertad del migrante tiene la sola finalidad de hacer efectiva la orden de expulsión, se convierte de hecho en una detención arbitraria, ya que en la práctica la duración de los procedimientos administrativos y judiciales (no obstante el carácter breve y perentorio de los plazos, y tal como sucede en los juicios de amparo y en los procesos sumarísimos) se extiende durante meses o años; y no se advierte por qué razones esas mismas circunstancias no habrán de repetirse en los procedimientos migratorios. El mero hecho de que la persona “retenida” sea puesta a disposición del juez con competencia para revisar el acto administrativo que determina su situación migratoria constituye una formalidad necesaria, pero no es un remedio útil y efectivo cuando se trata preservar la libertad personal y el derecho de no ser sometido a detenciones arbitrarias; ya bien porque carecen de fundamento, o porque se extienden más allá del tiempo necesario para cumplir la función instrumental que es propia a esta clase de medidas; desde que el magistrado está vinculado por la norma que aplica (cfr. Barreto Leiva vs. Venezuela, del 17 de noviembre de 2009, parágrafos





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
FEDERAL- SALA V

120 y 121; Velez Loor vs. Panama, del 23 de noviembre de 2010, párrafos 189 y 190).

Por otra parte, cabe tener presente que en el artículo 70, segundo párrafo, de la ley 25.871 ya se establecía que “excepcionalmente y cuando las características del caso lo justificaren, 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”, de modo tal que el régimen preexistente ya contenía las previsiones necesarias para resolver situaciones verdaderamente excepcionales, sin que aparezca como razonable la introducción de una suerte de restricción de la libertad personal por tiempo indeterminado. En tales condiciones, corresponde admitir los agravios expuestos al respecto en la medida en que el precepto cuestionado aparece como manifiestamente arbitrario.

XII.- Que, en semejante orden de ideas, también resulta objetable lo establecido en el artículo incorporado como 62 bis por el artículo 7º del decreto 70/17, en el que se dispone 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”. En tal sentido, es del caso señalar que el derecho a la reunificación familiar establecido en el artículo 10 de la ley 25.871 deriva de lo establecido al respecto en el artículo 17 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos y, por otra parte, que si bien todo derecho es susceptible de ser reglamentado razonablemente, ninguno de ellos puede ser sustraído del control judicial. En tales condiciones, la prohibición de que los jueces conozcan sobre ese aspecto, del que en definitiva depende la suerte final del procedimiento migratorio, no se ajusta a los estándares constitucionales básicos que rigen en la materia (cfr. Fallos 284:150; 328:651, y sus citas). En virtud de ello, cabe concluir que el precepto impugnado es manifiestamente contrario al derecho de defensa en juicio.

Por ello, considero que corresponde: 1) Hacer lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto por los demandantes; dejar sin efecto la sentencia apelada; admitir, también parcialmente, la



acción de amparo; y declarar la invalidez constitucional del decreto de necesidad y urgencia 70/17 en los términos expuestos en los considerandos X, XI y XII del presente fallo. 2º) Imponer las costas de ambas instancias en el orden causado, en virtud del carácter novedoso de la cuestión y la naturaleza de los derechos controvertidos (artículo 68, segunda parte, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

ASI VOTO.-

El sr. Juez de Cámara, Dr. Guillermo F. Treacy dijo:

I.- Que el juez de la anterior instancia resolvió a fojas 630/637 rechazar la acción de amparo colectivo promovida por el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), la Comisión Argentina para Refugiados y Migrantes (CAREF) y el Colectivo por la Diversidad (COPADI), con una salvedad en lo relativo al procedimiento a seguir por la autoridad migratoria en casos de denegación de la residencia legal o de expulsión de un ciudadano extranjero del territorio nacional. Dispuso que en tales casos debía hacerse saber a éstos, cuando carecieran de medios económicos, que les asiste el derecho a la asistencia jurídica gratuita, así como a la asistencia de un intérprete si no comprendiesen o no hablaran el idioma nacional. En tales hipótesis, el juez de grado estableció que las autoridades migratorias debían notificar al defensor oficial de turno para que asuma la intervención que le compete. También estableció que la comunicación acerca de este derecho debía hacerse constar en las actuaciones administrativas.

En su decisorio, luego de describir los fundamentos de la pretensión de las entidades actoras, y el contenido del informe del Estado Nacional, señaló que la presente acción era de carácter colectivo y que oportunamente se había declarado su admisibilidad formal. Se refirió a los trámites procesales seguidos en la causa, dada la naturaleza del proceso y, en particular, a los sujetos admitidos en carácter de integrantes del litisconsorcio activo, que incluyó a ciertos particulares, entidades no gubernamentales como la Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia; a la Asociación Civil Instituto Argentino para la Igualdad, Diversidad e Integración, a la Asociación Civil de Derechos Humanos, a las Mujeres Unidas Migrantes y Refugiadas en Argentina y a la Asociación Civil Mesa





Poder Judicial de la Nación

**CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
FEDERAL- SALA V**

por la Igualdad; así como a otros actores institucionales como la Defensoría del Pueblo de la Provincia de Buenos Aires.

A continuación, analizó la impugnación del Decreto N° 70/2017, en tanto no cumple, a criterio de los demandantes, los requisitos de excepcionalidad para su dictado y legisla sobre materias penal y tributaria, en contradicción con el artículo 99.3 CN. En su análisis, luego de recordar la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en esta materia, así como las disposiciones de la Ley N° 26.122, observó que el decreto había sido dictado en acuerdo general de ministros y remitido a la Comisión Bicameral Permanente. Señaló que en sede de esta última, fue tratado en las sesiones de los días 16 y 22 de febrero de 2017, sin que se hubiera podido emitir el dictamen correspondiente por falta de quórum; y que luego el decreto estuvo a consideración del Congreso, que no tiene plazo previsto en la Constitución o en la Ley N° 26.122 para expedirse. Por tal razón, concluyó que el decreto conserva su eficacia hasta tanto no sea rechazado por ambas Cámaras. Observó que el examen de dicha norma se encontraba reservado al Congreso en cuanto a la adecuación de los requisitos formales y sustanciales establecidos en la Constitución y que a la fecha de la sentencia no había transcurrido el período de sesiones ordinarias, por lo que no se podía predicar la existencia de mora en el tratamiento del decreto. Añadió, con remisión a los fundamentos del Fiscal Federal, que a su entender se encuentran suficientemente fundadas las circunstancias extraordinarias que avalarían la emisión de un decreto de necesidad y urgencia, y que en este caso no se había avanzado sobre materias penal y tributaria.

En cuanto al Proceso Migratorio Especial Sumarísimo diseñado en el decreto impugnado, consideró que éste no excluye de su ámbito de aplicación a ninguna categoría de residentes, y que se aplica a todos los extranjeros comprendidos en cualquiera de los impedimentos o casos de cancelación de residencia (arts. 29 y 62). Señaló que en este amparo colectivo debían examinarse en primer lugar las críticas de los actores respecto de la ampliación de supuestos de personas alcanzadas por el procedimiento de expulsión previsto en el decreto. Sobre el punto estimó que el Estado argentino “tiene el derecho soberano de decidir sobre la entrada y permanencia de personas extranjeras en su territorio” y



que las causales impeditivas del ingreso y permanencia de extranjeros en territorio nacional o de la residencia que les hubiera sido otorgada, introducidas por el Decreto N° 70/2017 como modificación a la Ley N° 25.871 no se presentan como irrazonables, ilegales o arbitrarias.

Por otra parte, destacó que los procedimientos de expulsión tienen carácter administrativo, y no penal. Por ello estimó admisible que el Estado considere independientemente los hechos que dieron lugar a los procedimientos penales que involucran a personas extranjeras para determinar su expulsión, aun en los supuestos de que la condena impuesta no se encuentre firme, pues “no se trata de materia que interpele al principio de inocencia” (fs. 634 vta.). Tampoco consideró vulnerado el principio de igualdad, pues “tal criterio se aplica también al caso de cualquier persona que se vea involucrada en procesos administrativos”. Añadió que se trata de categorías objetivas y que el Estado argentino tiene el derecho “de decidir soberanamente sobre a qué personas va a permitir ingresar o permanecer en su territorio y a cuáles no” y que este derecho del Estado no resulta desconocido en ninguno de los instrumentos internacionales celebrados por el país.

Desde otra perspectiva, el juez señaló que el procedimiento debía respetar los derechos fundamentales consagrados en la Constitución Nacional (art. 18 CN) y en los tratados internacionales, relativos al debido proceso y al derecho de defensa en juicio. Sin embargo, a su entender, no se configuraba en el procedimiento especial sumarísimo dispuesto en el Decreto N° 70/2017 ninguna violación de tales garantías. Afirmó que los plazos breves que el procedimiento establece no difieren de los contemplados en otras normas procesales (como las leyes de amparo o de habeas corpus). Además, estimó que la posible indefensión de las personas extranjeras migrantes como consecuencia de tales plazos podría ocurrir en algún caso particular, pero el afectado siempre tendrá la posibilidad de recurrir ante el juez y lograr el restablecimiento del derecho eventualmente vulnerado. También consideró que la brevedad de los plazos no constituye una desventaja en cuanto a su defensa, pues la persona migrante puede constituir un domicilio especial, con lo que -a su entender- desaparecen los riesgos de una notificación sorpresiva.





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL- SALA V

Por otra parte, abordó los planteos relativos al régimen de retención. Señaló que éste no tiene naturaleza penal, sino administrativa y constituye una herramienta procesal necesaria para asegurar el cumplimiento de la expulsión. Consideró que era razonable el plazo máximo de retención previsto en la norma y que la persona siempre se encuentra a disposición del juez.

Por último, se refirió a la asistencia jurídica de las personas sujetas a procedimientos de expulsión. Al respecto, estimó que no estaba garantizado eficazmente el derecho a tal asistencia, así como a la de un intérprete. Por ello, en cuanto a estos aspectos, resolvió que la autoridad migratoria debía hacer saber a aquellos que no estuvieran en condiciones económicas de obtener asistencia legal por sí mismos, que podrían obtener en forma gratuita asistencia letrada, así como también la de un intérprete. Con ese alcance, hizo lugar a la pretensión de la actora, que en todo lo demás fue desestimada.

II.- Que la sentencia fue apelada a fojas 639/644 por la Defensoría del Pueblo de la Provincia de Buenos Aires. A fojas 646/656 dedujo recurso de apelación la Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y a fojas 662/701 lo hicieron en forma conjunta el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), la Comisión Argentina para los Refugiados y Migrantes (CAREF) y el Colectivo por la Diversidad (COPADI).

II.1.- En el caso de la Defensoría del Pueblo de la Provincia de Buenos Aires, el agravio se refirió sustancialmente a la no configuración de los presupuestos constitucionales para dictar un decreto de necesidad y urgencia, como lo es el N° 70/2017. Por su parte, la Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires planteó, como primer agravio, la afectación del derecho a la reunificación familiar en el caso de migrantes con antecedentes penales por penas privativas de la libertad mayores a tres años. También se agravio por la falta de motivación de la sentencia en cuanto rechazó la pretensión de inconstitucionalidad del artículo 4° del Decreto N° 70/2017. Al respecto consideró que no se había analizado la razonabilidad de la norma “en lo que atañe al proceso de sanción del DNU”. Otro agravio se refiere a la afectación del debido proceso y del acceso a la justicia, alegando la



irrazonabilidad y la falta de motivación de la sentencia en lo relativo al planteo de inconstitucionalidad de los artículos 11, 14, 16 y 24 del decreto impugnado. Sobre este punto cuestionó distintos aspectos contenidos en el Procedimiento Migratorio Especial que allí se regula (plazos, notificaciones, medidas de retención, etc.). En suma, consideró que el decreto cuestionado importaba una afectación del principio de legalidad, del derecho de acceso a la justicia y de las garantías del debido proceso. En función de ello, solicitó que se revocara la sentencia apelada y se hiciera lugar a la acción.

II.2.- A su turno el CELS, la CAREF y la COPADI dedujeron en forma conjunta un recurso de apelación contra la sentencia de grado. En primer lugar, consideraron que había existido una lesión al debido proceso, en tanto el juez omitió expedirse sobre algunos cuestionamientos al decreto impugnado que habían sido introducidos por su parte oportunamente (concretamente, los relativos a la regulación del modo anormal de terminación del procedimiento migratorio -art. 74 bis- y a la dispensa por motivos de unificación o reunificación familiar -arts. 62 y 62 bis-). Afirmaron que existía una violación del principio de congruencia, pues el magistrado sostuvo que eran aspectos ajenos al proceso colectivo, pese a que éste había sido considerado admisible.

Por otra parte, se agraviaron porque no se realizó el control de constitucionalidad del Decreto N° 70/2017, y se omitió verificar el cumplimiento de los recaudos que establece el artículo 99.3 CN para los decretos de necesidad y urgencia. Sobre este aspecto medular desarrollaron distintos órdenes de argumentos, tanto relativos a la inexistencia -a su entender- de razones de urgencia que justifiquen su dictado, como al avance sobre materias prohibidas que realiza el decreto impugnado.

En cuanto al contenido del decreto, cuestionaron la ampliación de las causales de impedimento de ingreso y permanencia en el país que realizó el decreto, destacando que su parte no objetó si el Estado tenía potestades para modificar las causales, sino que sostuvieron que en todo caso tal modificación sólo podía realizarse a través de una ley. Vincularon el alcance de la modificación ahora introducida, con la “ley de residencia” N° 4144. Señalaron la contraposición entre los objetivos de la Ley de Migraciones N° 25.871 y la concepción que recoge el fallo





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL- SALA V

apelado, en cuanto acude al argumento de la soberanía nacional para justificar un poder absoluto del Estado sobre la entrada y permanencia de personas migrantes.

Por otra parte, se agraviaron por la falta de consideración del hecho de que el proceso sumarísimo que establece la norma impugnada, afecta las garantías mínimas del debido proceso, el derecho de defensa, el acceso a la justicia, el principio de inocencia y la protección judicial efectiva en el ámbito administrativo y judicial. Al respecto, se refirieron al proceso migratorio sumarísimo y sus características: plazos acotados, posibilidad de retención del extranjero aún sin sentencia penal condenatoria firme, y cuestionaron la conclusión del juez en cuanto a que dicho proceso no afecta el derecho de defensa. Además, apuntaron a la situación de desigualdad estructural y vulnerabilidad en que se encuentran quienes son parte en el proceso migratorio. Recordaron la vigencia de las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad. Por otra parte, cuestionaron las argumentaciones del juez en torno al sistema de notificaciones, ya que no toman en cuenta la situación de este colectivo, afectando las garantías mínimas del debido proceso. También objetaron el tratamiento que hace el decreto en cuanto a la terminación anómala del procedimiento administrativo y sus efectos en el derecho de defensa.

Otro orden de objeciones radica en la vulneración de la libertad ambulatoria de las personas alcanzadas por el decreto. Observaron que la sentencia no efectuó consideración alguna respecto de la medida de retención allí prevista, tomando en consideración los criterios para cualquier privación de la libertad: legalidad, necesidad, finalidad y excepcionalidad.

También se agraviaron por la vulneración del derecho a la unidad familiar y el acceso a la justicia. Compararon la solución contenida en el texto original de la Ley N° 25.871 en cuanto a este aspecto, con las reformas introducidas por el decreto impugnado.

Otro agravio consiste en el incumplimiento de las obligaciones internacionales y de realizar el control de convencionalidad. Aquí el recurso citó el caso “Juan Carlos De La Torre” que culminó con una solución amistosa en el marco de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por la que nuestro país asumió una serie de



compromisos, que no fueron totalmente cumplidos. También se refirieron a decisiones del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial y del Comité contra la Tortura, específicamente referidas al Decreto N° 70/2017. En base a ello, postularon la realización de un control de convencionalidad sobre las disposiciones del decreto.

A continuación se agraviaron porque la sentencia carece de precisiones en cuanto al remedio previsto, para asegurar el derecho a la asistencia jurídica o de un intérprete gratuitos de las personas migrantes, esto es, cómo se haría efectiva la comunicación pertinente y se aseguraría la intervención de los letrados.

Por último, observaron que se trata de una sentencia contradictoria, haciendo referencia a las consideraciones que el juez efectuó en punto a la necesaria intervención del Ministerio Público Fiscal en el procedimiento, por estar afectado el orden público nacional e internacional. A criterio del apelante, tal consideración justificaba que el juez hiciera mérito de las otras inconstitucionalidades que a su entender contiene el decreto.

II.3.- Por su parte, el representante del Ministerio Público Fiscal recurrió la sentencia a fojas 705/714. Se agravió porque el juez desestimó los planteos relativos a la ampliación de los supuestos alcanzados por el procedimiento de expulsión. También se agravió por el rechazo del planteo en torno a la brevedad de los plazos que establece el Procedimiento Migratorio Especial, poniendo en cuestión la validez de la comparación que realizó el juez con otros procesos judiciales de plazos breves (como la acción de amparo o la de hábeas corpus). También cuestionó que el magistrado, pese a que consideró que el régimen aprobado no contemplaba la asistencia jurídica gratuita y que debían arbitrarse los medios para asegurarla, no declaró la inconstitucionalidad del artículo 86 de la Ley N° 25.871 modificado por el artículo 24 del Decreto N° 70/2017.

Asimismo, formuló observaciones a la sentencia en cuanto a la intervención que cupo al Ministerio Público en este proceso colectivo, destacando que lo hizo en carácter de *parte* y que oportunamente dictaminó sobre el fondo del asunto. Al respecto, hizo notar distintos aspectos abordados en su dictamen anterior, relativo a los recaudos constitucionales para dictar la norma cuestionada, su





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
FEDERAL- SALA V

constitucionalidad material y la violación por parte de ésta de distintos principios de orden público nacional e internacional, por lo cual peticionó la declaración de inconstitucionalidad de distintas previsiones del decreto.

III.- Que elevadas las actuaciones a esta instancia, se remitieron al Fiscal General de Cámara, quien se expidió a fojas 722/728. Éste mantuvo el recurso deducido por el Fiscal de primera instancia. Observó que la normativa cuestionada no se ajusta, en términos estructurales, a la garantía del debido proceso adjetivo. Tras referirse a pronunciamientos de los órganos del sistema interamericano, concretó sus agravios en los plazos para acudir a la justicia y en cuanto al acceso a la asistencia jurídica gratuita. A su entender, la nueva regulación del procedimiento migratorio desconoce los límites constitucionales y convencionales del debido proceso adjetivo respecto de un grupo con especial vulnerabilidad. Recordó estándares que rigen en el sistema interamericano de derechos humanos y sostuvo que se debió haber declarado la inconstitucionalidad de las normas que obstaculizan el acceso del migrante a la asistencia jurídica gratuita, así como los plazos para recurrir las decisiones de la autoridad migratoria. Por otra parte, consideró que el juez había ampliado el objeto de la acción colectiva a supuestos que eran ajenos a ella, como el cuestionamiento a la ampliación de las causales de expulsión. A criterio del Fiscal General, tales situaciones conforman un conjunto heterogéneo, “distinto a la base fáctica común de los integrantes del colectivo identificado y, en consecuencia de ello, excede el marco del presente proceso” (v. fs. 727 vta.).

A fojas 738/743 se presentó espontáneamente la Asociación por los Derechos Civiles en carácter de “amigo del tribunal”. En su escrito argumentó en torno a la violación del principio de legalidad y, en particular, al hecho de que el Decreto N° 70/2017 había regulado materia penal, lo cual está prohibido por el artículo 99.3 CN.

También se presentó a fojas 745/753 la Directora del Instituto de Investigaciones “Gino Germani” de la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, exponiendo acerca de la inconstitucionalidad del decreto por vulnerar los mecanismos consultivos democráticos y republicanos para la modificación de la política de



residencia en el país; la anulación del “espíritu garantista y hospitalario” de la Ley Nº 25.871 y de la Ley de Ciudadanía y Naturalización “con base en una mirada estigmatizante del migrante como delincuente”. También objetan el uso del concepto de soberanía, enlazado a criterios de “seguridad nacional”, alentando el abuso de autoridad y la discriminación xenófoba.

Asimismo, realizó una presentación en calidad de amigo del tribunal a fojas 921/927 la Dirección General de Protección de Derechos Humanos de la Procuración Penitenciaria de la Nación exponiendo sus críticas al decreto cuestionado. Específicamente cuestionó que la retención del migrante sea la regla, que se haya atenuado el derecho de defensa, al procedimiento especial sumarísimo y a la restricción de la dispensa por unificación familiar y a la falta de control judicial.

Por su parte, la Dirección Nacional de Migraciones contestó el traslado de las expresiones de agravios a fojas 770/835 (respecto del recurso del CELS, CAREF y COPADI); a fojas 837/899 (respecto del recurso de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires); a fojas 901/919 (respecto del recurso de la Defensoría del Pueblo de la Provincia de Buenos Aires); y a fojas 930/954 (respecto del recurso del Ministerio Público Fiscal).

En este estado de las actuaciones corresponde dictar sentencia.

IV.- Que en primer lugar debe advertirse que, más allá de lo actuado en la instancia anterior, el tribunal debe comprobar la existencia de un “caso”, ya que ello es presupuesto de la debida constitución del litigio. En tal sentido, corresponde dilucidar si los distintos actores poseen el carácter de titulares de la relación jurídica sustancial en que se sustenta la pretensión, como es exigible en todo proceso judicial (doctrina de Fallos 323:4098 y sus citas).

Ninguna duda cabe respecto de las organizaciones no gubernamentales actoras, tanto las que ahora recurren como las que se presentaron oportunamente para integrar el litisconsorcio activo, a la luz de lo que dispone el artículo 43 segundo párrafo CN.





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL- SALA V

En cambio, ni la Defensoría del Pueblo de la Provincia de Buenos Aires ni la Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires poseen legitimación para intervenir como partes en esta acción colectiva. En lo que respecta al Defensor del Pueblo provincial, debe advertirse que quienes firman la presentación no son titulares de ese órgano, lo que permite desestimar su aptitud para estar en juicio en su representación (doctrina de Fallos 339:1223). Además, las atribuciones de dicha Defensoría emanan de la Constitución provincial (art. 55) y de la Legislatura local (Ley N° 13.834), que carece de facultades para reglar lo atinente a procedimientos tramitados ante los tribunales de la Nación (doctrina de Fallos 340:745). Por consideraciones análogas, corresponde desestimar la presentación del Defensor del Pueblo de la Ciudad, en tanto sus atribuciones, definidas por normas locales, determinan que carezca de legitimación en este proceso ante tribunales federales (doctrina de Fallos 329:4542).

En cuanto al Ministerio Público Fiscal de la Nación, su recurso se enmarca dentro de las facultades que le confiere el artículo 120 CN, en orden a la defensa de la legalidad y los intereses generales de la sociedad, tal como son precisados en el artículo 2° de la Ley Orgánica N° 27.148 (en especial, en los incisos c), d) y e). En tal sentido, sin perjuicio de la atendibilidad de los agravios expuestos en el recurso de fojas 705/715, mantenido a fojas 722/728, resulta indudable la legitimación de este órgano constitucional.

V.- Que despejadas las cuestiones anteriores, corresponde examinar los agravios planteados por las asociaciones no gubernamentales actoras y el Ministerio Público Fiscal.

A los fines de una mayor claridad, se analizarán en primer lugar los argumentos relativos a la invalidez del Decreto N° 70/2017, con fundamento en la falta de cumplimiento de los recaudos para dictar este tipo de decretos; tal cuestión condiciona el examen de los demás planteos impugnatorios.

V.1.- El Decreto N° 70/2017 fue dictado en acuerdo general de ministros con fecha 27/01/2017, invocando las potestades reglamentarias “de necesidad y urgencia” conferidas por el artículo 99.3 CN. Conviene recordar que esta última norma establece un principio



general de carácter prohibitivo, y a continuación prevé 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 (doctrina de Fallos 338:1048; 322:1726).

Por tal razón, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido contundentemente que “cabe descartar de plano, como inequívoca premisa, los criterios de mera conveniencia del Poder Ejecutivo que, por ser siempre ajenos a circunstancias extremas de necesidad, no justifican nunca la decisión de su titular de imponer un derecho excepcional a la Nación en circunstancias que no lo son. El texto de la Constitución Nacional no habilita a elegir discrecionalmente entre la sanción de una ley o la imposición más rápida de ciertos contenidos materiales por medio de un decreto” (Fallos 338:1048; 322:1726).

Concretamente la norma constitucional exige que se verifiquen “circunstancias excepcionales [que] hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes”, por un lado; y por otro, que las disposiciones que se dicten no se refieran a las materias penal, tributaria, electoral o de partidos políticos. Los recurrentes se han agraviado porque la sentencia de grado no ha meritado la inexistencia de los presupuestos que justifican el dictado de un decreto de necesidad y urgencia, así como también cuestionan la conclusión de que se haya considerado que la regulación no constituya una “materia penal”.

V.2.- A riesgo de resultar sobreabundante, cabe reiterar que las condiciones para el ejercicio de este tipo de potestad reglamentaria son de rigurosa excepcionalidad y así lo ha recordado la Corte Suprema en el precedente de Fallos 333:633, al referirse a las opiniones concordantes de diversos miembros de la Convención Constituyente de 1994. En esa oportunidad, se enfatizó la necesidad de atenuar el régimen presidencialista, el fortalecimiento del papel del Congreso y la independencia del Poder Judicial como ideas-fuerza de la reforma (v. exposición del convencional García Lema, en Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente, Santa Fe -Paraná, 1994, Secretaría Parlamentaria, Tomo II, págs. 2210/2211). Por su parte, al referirse a la concentración del poder en el Ejecutivo, se señaló que ella “distorsiona la representatividad y el sistema de separación de poderes, y





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL- SALA V

debilita el control de validez y legitimidad de las acciones del Poder Ejecutivo por parte de otros poderes del Estado [...]” (v. exposición del convencional Alfonsín, ibid., Tomo V, págs. 5155/5156).

Por lo tanto, en el dictado de los decretos de necesidad y urgencia se ponen en juego dos de los principios que orientaron la labor de la reforma constitucional de 1994: la atenuación del presidencialismo y el fortalecimiento del papel del Congreso. Tales principios constituyen pautas orientativas a la hora de evaluar en concreto el ejercicio de potestades como la conferida por el artículo 99.3 CN.

Pero además, estos principios se articulan con la visión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en torno al valor del principio de legalidad como límite para restringir derechos humanos. Dicho tribunal internacional, cuyas interpretaciones hacen a las condiciones de vigencia bajo las cuales rige la Convención Americana de Derechos Humanos en nuestro país (art. 75.22 CN; Fallos 318:514), ha sostenido que “la protección de los derechos humanos requiere que los actos estatales que los afecten de manera fundamental no queden al arbitrio del poder público, sino que estén rodeados de un conjunto de garantías enderezadas a asegurar que no se vulneren los atributos inviolables de la persona, dentro de las cuales, acaso la más importante tenga que ser que *las limitaciones se establezcan por una ley adoptada por el Poder Legislativo*, de acuerdo con lo establecido por la Constitución” (Opinión Consultiva OC-6/86 del 9/05/1986, “La expresión ‘leyes’ en el artículo 30 de la Convención Americana de Derechos Humanos”, párrafo 22; lo destacado no es del original). La explicación de este criterio radica en que a través del procedimiento legislativo “no sólo se inviste a tales actos del asentimiento de la representación popular, sino que se permite a las minorías expresar su inconformidad, proponer iniciativas distintas, participar en la formación de la voluntad política o influir sobre la opinión pública para evitar que la mayoría actúe arbitrariamente. [...]” (OC-6/86, cit., párrafo 22). El criterio de la Corte Interamericana se armoniza plenamente con los valores receptados en la Constitución Nacional y en las exposiciones realizadas por algunos convencionales en la Convención Constituyente de 1994.

V.3.- En consonancia con estos lineamientos, conviene recordar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha



señalado que los tribunales deben evaluar los presupuestos fácticos en los que se justifica el dictado de un decreto en los términos del artículo 99.3 CN, el cual contiene “estándares judicialmente verificables respecto de las situaciones que deben concurrir para habilitar el dictado de disposiciones legislativas por parte del Presidente de la Nación”. Añadió que “[e]l Poder Judicial deberá entonces evaluar si las circunstancias invocadas son excepcionales, o si aparecen como manifiestamente inexistentes o irrazonables, en cuyo caso la facultad ejercida carecerá del sustento fáctico que la legitima” (Fallos 338:1048 con cita del precedente de Fallos 333:633).

A fin de establecer si se configura tal presupuesto fáctico, el Alto Tribunal ha explicitado que debe verificarse alguna de estas dos circunstancias: 1) que sea imposible dictar la ley mediante el trámite ordinario previsto por la Constitución, vale decir, que las cámaras del Congreso no puedan reunirse por circunstancias de fuerza mayor que lo impidan, como ocurriría en el caso de acciones bélicas o desastres naturales que impidiesen su reunión o el traslado de los legisladores a la Capital Federal; o 2) que la situación que requiere solución legislativa sea de una urgencia tal que deba ser solucionada inmediatamente, en un plazo incompatible con el que demanda el trámite normal de las leyes (in re “Verrocchi”, Fallos 322:1726).

V.4.- A la luz de estas premisas, corresponde examinar la motivación contenida en el Decreto N° 70/2017. Pese a su extensa parte expositiva (40 considerandos), sólo algunos escasos considerandos podrían tener pertinencia en orden a justificar la urgencia impostergable para su dictado. Así, podrían identificarse los siguientes:

- La existencia de “severas dificultades para concretar órdenes de expulsión contra personas de nacionalidad extranjera”, como resultado de un “complejo procedimiento recursivo que, en algunos casos, puede llegar a siete años de tramitación” (considerando 13).

- La existencia de una “proporción sumamente baja” en la relación existente entre la cantidad de expulsiones dispuestas por la autoridad migratoria competente, fundadas en la existencia de antecedentes penales, y las efectivamente concretadas (considerando 14).





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
FEDERAL- SALA V

- El aumento de población extranjera bajo custodia del Servicio Penitenciario Federal que, según se afirma en el considerando 15, alcanzó en 2016 el 21,35% de la población carcelaria total.

- La “alta representación” de la población extranjera entre las personas detenidas en establecimientos del Servicio Penitenciario Federal, por “delitos vinculados a la narcocriminalidad”, que ascendería al 33%, mientras que la proporción de población extranjera en la población total es del 4,5% (considerando 16).

- La afirmación de que en 2015 se verificó “una nueva modalidad de fraude a la ley migratoria, consistente en un uso abusivo y contrario a los fines de la ley del instituto de la residencia precaria” (considerando 17).

En base a tales argumentos, el Poder Ejecutivo estimó que se configuraba una “situación crítica que amerita la adopción de medidas urgentes” (considerando 18).

Ahora bien, tales afirmaciones se sustentan en datos fácticos que no aparecen debidamente acreditados, ni en el texto del decreto en crisis, ni en las presentaciones efectuadas por la Dirección Nacional de Migraciones en este juicio. Cabe destacar que, dadas las condiciones excepcionales que justifican el dictado de este tipo de decretos, la validez de tales constataciones no puede presumirse, máxime cuando -como se verá- establecen condiciones regresivas en materia de protección de los derechos humanos.

Algunas argumentaciones (considerandos 13 y 14 del decreto), se orientan más a justificar la *conveniencia* de una reforma legal, aunque sin que quede claro que el diagnóstico sea atribuible a defectos de la regulación existente o de la aplicación que de ella realiza la autoridad migratoria.

En cambio, otros de los fundamentos del decreto presentan en forma sesgada las estadísticas disponibles de un modo que llevan a conclusiones inexactas (v. en tal sentido, el informe anual 2016 de la Procuración Penitenciaria de la Nación – “La situación de los derechos humanos en las cárceles federales en la Argentina”, Cap. VIII,



apartado 4, pág. 453; disponible en el sitio: www.ppn.gov.ar; consultado en marzo de 2018). Este último organismo, que funciona en el ámbito del Congreso de la Nación, ha señalado que “el porcentaje de personas extranjeras en la Argentina se ha mantenido constante desde el año 2002, año en el que se han comenzado a publicar las estadísticas del SNEEP [Sistema Nacional de Estadísticas sobre Ejecución de la Pena]. En el caso del SPF, se produjo un incremento en los primeros años, para luego mantenerse sin grandes oscilaciones en torno al 20% desde el año 2007. Entre los años 2008 y 2014 el porcentaje fluctuó entre el 19% y el 21%, solo en 2015 tuvo su pico máximo al llegar al 23%, *el cual descendió en 2016*” (v. informe anual cit., pág. 458; lo destacado no es del original). Cabe advertir que ese mismo informe señala que ha crecido en general la población carcelaria en la órbita del SPF (tanto nacionales como extranjeros). En otras palabras, pese a lo que se sostiene en el considerando 15 del decreto, en el sentido del aumento de la población extranjera en cárceles federales, el informe señala que *la población extranjera había disminuido en 2016*, conclusión que basa en estadísticas oficiales.

En esta línea de consideraciones, en el documento: “Síntesis estadística sobre población extranjera detenida en Argentina y en el Servicio Penitenciario Federal” (disponible en: <http://ppn.gov.ar/sites/default/files/SINTESIS%20ESTADISTICA%20DE%20EXTRANJEROS%20PRESOS%20EN%20ARGENTINA.pdf>, consultado en marzo de 2018), también elaborado por la Procuración Penitenciaria de la Nación, se analiza la situación de los extranjeros en el sistema penitenciario en el período 2002-2012 a partir de estadísticas del SNEEP. En dicho estudio puede verse que el porcentaje de extranjeros en cárceles del Servicio Penitenciario Federal en ese período, era del 21% (v. documento citado, Gráfico N° 1, pág. 3). Adviértase que en el considerando 15 del Decreto N° 70/2017 se afirma -sin indicar la fuente- que en 2016 la proporción de población extranjera sobre la población carcelaria total en las establecimientos penitenciarios federales “se incrementó” al 21,35% (esto es, un incremento de sólo 0,35% con relación a 2012). Este alegado incremento contradice entonces datos provenientes de las estadísticas oficiales que utiliza la Procuración Penitenciaria de la Nación donde, como ya se mencionó, se indicaba la





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL- SALA V

existencia de una *disminución* de la población extranjera encarcelada en 2016 con relación al año anterior (v. el Informe Anual 2016 de ese organismo, antes citado, pág. 458).

Por otra parte, en cuanto a la proporción de población extranjera alojada en todo el sistema carcelario argentino, en el Informe Anual 2016 del Sistema Nacional de Estadísticas sobre Ejecución de la Pena (SNEEP 2016), elaborado por la Dirección Nacional de Política Criminal – Subsecretaría de Política Criminal, dependiente de la Secretaría de Justicia del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, se indica que el porcentaje es del 6% (informe disponible en: <http://www.saij.gob.ar/docs-f/estadisticas-sneep/2016/InformeSNEEPARGENTINA2016.pdf>; consultado en marzo de 2018). Este porcentaje (6% de extranjeros en la población carcelaria total) se mantuvo constante, aun si se compara con estadísticas del período 2012 y los años subsiguientes elaboradas por el SNEEP.

Más allá de la relevancia que puedan tener estos datos para establecer políticas públicas en materia criminal o las derivaciones que pudieran extraerse de ello a los fines de perfeccionar la legislación migratoria, la fundamentación estadística no parece justificar que se eluda la intervención del Congreso mediante el dictado de un decreto de necesidad y urgencia. En todo caso, pueden existir razones que podrían hablar de la *conveniencia* de modificar la regulación existente -cuestión que, vale aclararlo, es ajena a la competencia de los tribunales-, pero el decreto no expone razones válidas -dadas las deficiencias que presenta en el análisis de las estadísticas- para sostener la *necesidad* inmediata de modificar la ley eludiendo la participación del Congreso mediante el procedimiento legislativo ordinario.

Por otra parte, si se considera el Decreto N° 70/2017 como un acto administrativo, como también lo es (en este caso, de alcance general) se advierte un vicio en su finalidad. El artículo 7° inciso f) de la Ley N° 19.549 se refiere al principio de proporcionalidad al establecer que “[l]as medidas que el acto involucre deben ser proporcionalmente adecuadas a [la] finalidad” del acto, esto es, los “[fines] que justifican el acto, su causa y objeto”. En el caso, el decreto contiene en sus fundamentos referencias a las vinculaciones entre la condición de extranjero y la criminalidad, y en particular con la “narcocriminalidad”. Sin



embargo, regula un procedimiento especial que va más allá del tipo de delitos que se pretende combatir. El llamado “Procedimiento Migratorio Especial Sumarísimo” se aplica a *todas* las personas migrantes, sin importar el delito cometido; cualquiera fuera éste, y aún en casos de infracciones administrativas, se aplica el procedimiento especial de que se trata. Sin ingresar por ahora a las deficiencias que pueda contener esa regulación, lo cierto es que se verifica en este punto lo que se denomina una “desviación de poder”, vicio que afecta a la finalidad como elemento esencial del acto (arg. art. 7º inc. f) en concordancia con el art. 14 inc. b) de la Ley Nº 19.549). En otras palabras, aun admitiendo que una regulación determinada puede perseguir un fin estatal legítimo, el contenido de ella debe guardar relación con los propósitos que se invocan en su fundamentación.

En este punto, debe observarse también que el colectivo al que se refieren estas modificaciones de la ley migratoria, constituye un grupo vulnerable, en situación de inferioridad en cuanto al ejercicio real y efectivo de sus derechos. El decreto no hace más que perpetuar esta situación de sometimiento, respecto de todos los migrantes, ya que no se limita a los casos de quienes tienen antecedentes penales o específicamente a quienes poseen antecedentes penales por infracciones a la Ley de Estupefacientes.

A la luz de las consideraciones precedentes cabe concluir que no se verifican los presupuestos materiales para el ejercicio de la potestad reglamentaria de necesidad y urgencia, de conformidad con el artículo 99.3 CN.

V.5.- Un aspecto sobre el cual han hecho hincapié los recurrentes (y al que también se ha referido la Asociación por los Derechos Civiles en su presentación en carácter de *amicus curiae* a fs. 738/743) consiste en que el Decreto Nº 70/2017 regula una “materia penal”, la cual está vedada como contenido de un decreto de necesidad y urgencia, de conformidad con el artículo 99.3 CN.

En principio, el decreto en análisis se refiere a la materia migratoria, de modo que no se trataría de una materia prohibida. Sin embargo, es claro que se refiere a materias que hacen al derecho administrativo sancionador, en tanto establece causales que impiden el ingreso o permanencia de extranjeros, se prevén sanciones





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL- SALA V

administrativas (como la expulsión del país) y se regula un procedimiento especial para ello (al que denomina “Procedimiento Migratorio Especial Sumarísimo”). Al respecto, se ha observado que el Derecho Penal y el Derecho Administrativo Sancionador son dos manifestaciones de la potestad punitiva del Estado, pero que “los principios del Derecho Penal aplicables al Derecho Administrativo Sancionador no van a serlo en forma mecánica, sino ‘con matices’, es decir, debidamente adaptados al campo que los importa” (Nieto, Alejandro, Derecho Administrativo Sancionador, Madrid, Tecnos, 2000, págs. 80; 173).

Ahora bien, aun cuando se sostenga que el decreto impugnado no regula “materia penal” en los términos del artículo 99.3 CN -cuestión que está deferida al derecho interno-, ello no es óbice para afirmar que las garantías del proceso penal son extensibles a los procedimientos administrativos de carácter sancionador y a su revisión judicial. Este criterio resulta tanto de los principios del Derecho Internacional de los Derechos Humanos como de principios de derecho público que la Constitución Nacional recepta (art. 27 CN).

Al respecto, la Corte Interamericana ha sostenido que “[e]n materias que conciernen con *la determinación de [los] derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter* el artículo 8 no especifica garantías mínimas, como lo hace el numeral 2 al referirse a las materias penales. Sin embargo, el concepto de *debidas garantías* se aplica también a esos órdenes y, por ende, en ese tipo de materias el individuo tiene derecho también al debido proceso que se aplica en materia penal”. Y a continuación agregó factores relevantes que podían influir en la determinación de que ciertas garantías fueran exigibles para el debido proceso, tales como “las circunstancias de un procedimiento particular, su significación, su carácter y su contexto en un sistema legal particular” (Opinión Consultiva OC-11/90 – Excepciones al Agotamiento de los Recursos Internos (arts. 46.1, 46.2.a y 46.2.b Convención Americana de Derechos Humanos), párrafo 28; en análogo sentido, caso “Ivcher Bronstein v. Perú”, sentencia del 6 de febrero de 2001, párrafo 103; “Vélez Loor v. Panamá”, sentencia del 23 de noviembre de 2010, párrafo 142; entre otros). Tales factores hacen a los “matices” que pueden existir al trasponer las garantías penales al ámbito de las sanciones administrativas y de los procedimientos que las aplican.



Por su parte, la Corte Suprema ha ido extendiendo la aplicación de las garantías penales a procedimientos administrativos de carácter sancionador, en una interpretación evolutiva de la garantía del debido proceso y de la tutela judicial efectiva (cf. Fallos 329:1053; 335:1126; etc.).

La exigibilidad de tales garantías cobra mayor intensidad cuanto más graves son las consecuencias sobre la vida o la libertad de las personas. En el caso, el decreto impugnado tipifica nuevas situaciones en las que es procedente la privación de libertad de una persona (a la que llama “retención”), lo cual acentúa la necesidad de que rijan las garantías penales en el procedimiento migratorio.

Sin perjuicio de ello, que debe ser tenido en cuenta a los fines de evaluar el contenido de una regulación en materia migratoria, lo cierto es que no se configura en este caso una “materia penal” en los términos del 99.3 CN. Cualquiera sea el alcance que tal materia tenga en el derecho interno, ello no es óbice para sostener que son exigibles las garantías penales en el ámbito de los procesos de expulsión, en especial cuando implican la detención (o “retención”) de la persona, en especial a la luz de los instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional que nuestro país está obligado a respetar. En suma, aun cuando puede sostenerse que no existe “materia penal” en el decreto impugnado, a la luz de los principios del derecho interno, ello no sería óbice para (es más, sería exigible) aplicar las garantías pertinentes en los procedimientos migratorios (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Movilidad humana. Estándares interamericanos, 2015; especialmente Capítulo 7, pág. 149).

V.6.- Cabe señalar que la invocación de la Ley N° 26.122 poco agrega a la validez del decreto que aquí se cuestiona. Aquella se refiere al cumplimiento de un recaudo formal, como lo es la revisión por parte del Congreso de los decretos de necesidad y urgencia prevista en el último párrafo del artículo 99.3 CN. En cierto modo, la ausencia de pronunciamiento por parte del Poder Legislativo respecto del decreto atacado, luego de más de un año de dictado, sumado al hecho de que -pese a la urgencia invocada- no se estimó que el tema justificara la convocatoria a sesiones extraordinarias por parte del Poder Ejecutivo, pone en duda la existencia del presupuesto fáctico exigido por la norma





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL- SALA V

constitucional. Conforme lo ha advertido el juez de grado, la Comisión Bicameral Permanente sesionó los días 16/02/2017 y 22/02/2017, sin haber emitido dictamen. Ello habilitaba a que las cámaras del Congreso se abocaran al “expreso e inmediato tratamiento del decreto” (art. 20 de la Ley N° 26.122), algo que aún no ha ocurrido. Si bien la norma no precisa el plazo, el transcurso de más de un año legislativo desde que el decreto estaba en condiciones de ser revisado no se compadece con la *inmediatez* en el tratamiento que exige la norma. Además, ésta dice que ello debe ser de conformidad con los artículos 99.3 y 82 CN. Del mismo modo, el artículo 22 de la ley, prevé que el rechazo o aprobación del decreto debe ser expreso, “de conformidad con el artículo 82 CN”. La referencia a esta última disposición es relevante, ya que excluye en todos los casos la sanción ficta de las cámaras del Congreso. En el caso del decreto en crisis no ha existido una manifestación de voluntad expresa por parte de ambas cámaras, como lo exige la norma constitucional citada.

Pero no obstante la subsistencia del decreto como norma vigente (de conformidad con el art. 24 de la Ley N° 26.122), debe observarse que la omisión del deber constitucional de expedirse por parte del Congreso no impide el control judicial de los presupuestos del Decreto N° 70/2017, ya que la voluntad de las cámaras no puede presumirse.

Por lo demás, aun cuando tal revisión por parte del Congreso hubiera existido, cabe recordar -como lo hizo notar la Corte Suprema en el precedente de Fallos 333:633- que ello no es óbice para el control judicial. En tal sentido el Alto Tribunal recordó numerosos precedentes en los que se revisó la existencia de un estado de emergencia, más allá del juicio de valor que hubiera emitido el Congreso y en tal sentido mencionó los casos “Ercolano” (Fallos 136:161), “Avico” (Fallos 172:21); “Nadur” (Fallos 243:449), “Videla Cuello” (Fallos 313:1638); “Rinaldi (Fallos 330:1855), entre otros, en los que estaban en juego leyes sancionadas por el Congreso caracterizadas como “de emergencia”.

Por cierto, cuando se trata de un decreto que invoca razones de necesidad y urgencia y el Congreso no se ha expedido, como ocurre en este caso, el control judicial de los presupuestos fácticos de aquél cobra mayor relevancia.



Ello no implica negar la posibilidad de que existan situaciones excepcionales en que sea necesario que el Poder Ejecutivo adopte medidas de carácter urgente, pero tales causales se encuentran tasadas en la Constitución, y no es suficiente sostener que se trata de una materia no prohibida para ejercer la facultad del artículo 99.3 CN. Como se ha recordado precedentemente, quedan excluidos los “criterios de mera conveniencia del Poder Ejecutivo”, ya que ellos no justifican nunca “imponer un derecho excepcional a la Nación en circunstancias que no lo son” (Fallos 333:633, considerando 13).

V.7.- Desde otra perspectiva, no está en discusión el derecho de todo Estado a fijar su política migratoria, tal como lo reafirma el Decreto N° 70/2017 (considerandos 7 y 8). Si bien el decreto parece reconocer que el ejercicio de dicha potestad estatal debe respetar los derechos de los extranjeros y las normas de protección de los Derechos Humanos (considerando 9), lo cierto es que la regulación dictada no toma en cuenta los estándares que rigen en esta materia.

V.7.1.- En primer lugar, debe recordarse que, dentro de la organización constitucional argentina, quien adopta las decisiones generales sobre política migratoria es el Congreso de la Nación, y no el Poder Ejecutivo, a menos que se presente alguna situación excepcional como las que prevé el artículo 99.3 CN (y que en el caso de autos no se han podido verificar). Por lo tanto, las referencias en el decreto a que el Estado fija la política migratoria no dan cuenta del hecho de que, en rigor, es el *Congreso* quien debe legislar sobre esta materia por conducto de una ley en sentido formal (arts. 25, 20 y concordantes de la CN; y normas internacionales de derechos humanos: art. 75.22 CN), mientras que el Poder Ejecutivo *ejecuta* tal política.

Dejando a un lado la cuestión relativa a la legalidad de las restricciones que ahora se establecen (que provienen de un decreto de necesidad y urgencia), también debe advertirse que las decisiones de los Estados deben ser razonables y tener en cuenta que existe un plexo normativo que reconoce a “toda persona” (lo que incluye obviamente a los extranjeros) derechos que no pueden ser suprimidos o reducidos. Así, la Convención Americana de Derechos Humanos consagra el derecho de circulación y de residencia de toda persona, admitiendo su restricción por medio de una *ley* (y aquí, resulta relevante la antes recordada Opinión





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL- SALA V

Consultiva N° 6/86), la cual debe respetar el principio de proporcionalidad (“en la medida indispensable en una sociedad democrática, para prevenir infracciones penales o para proteger la seguridad nacional, la seguridad o el orden públicos, la moral o la salud públicas o los derechos y libertades de los demás”; art. 22.3). En particular, habida cuenta de la materia sobre la que incursiona el decreto, resulta importante tener en cuenta los principios del debido proceso en los procedimientos de expulsión, que tienen sustento constitucional (art. 18 CN) y también en la Convención Americana de Derechos Humanos (arts. 8 y 25), entre otros instrumentos internacionales.

En este orden de consideraciones, la propia Corte Interamericana reconoce el derecho de los Estados a iniciar acciones contra las personas migrantes que no cumplan el ordenamiento jurídico estatal. Pero “[l]o importante es que, al tomar las medidas que correspondan, los Estados respeten sus derechos humanos y garanticen su ejercicio y goce a toda persona que se encuentre en su territorio, sin discriminación alguna por su regular o irregular estancia, nacionalidad, raza, género o cualquier otra causa” (Opinión Consultiva OC-18/03 del 17/09/2003 - “Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados”, párrafo 118).

Por lo tanto, los argumentos basados en la soberanía estatal, como fundamento para legislar en esta temática, deben ponderarse a la luz de la vigencia de los derechos humanos sin discriminación. Concretamente, se ha admitido que “el Estado [puede] otorgar un trato distinto a los migrantes documentados con respecto a los migrantes indocumentados, o entre migrantes y nacionales, *siempre y cuando este trato diferencial sea razonable, objetivo, proporcional y no lesione los derechos humanos*”. Entre otras medidas, y a título de ejemplo, la Corte Interamericana se refiere a mecanismos de control e ingresos y salidas de migrantes indocumentados al territorio nacional, “los cuales deben aplicarse siempre con apego estricto a las garantías del debido proceso y al respeto de la dignidad humana” (Opinión Consultiva OC-18/03, cit., párrafo 119; lo destacado no es del original).

V.7.2.- En el caso de la regulación cuestionada en autos, se refiere a un colectivo de personas que se caracteriza por su vulnerabilidad. En tal sentido, la jurisprudencia de la Corte Suprema de



Justicia de la Nación ha utilizado criterios de control de constitucionalidad más estrictos al juzgar acerca de la validez de normas que afectan los derechos de personas pertenecientes a grupos desaventajados (extranjeros, mujeres, niños, ancianos, personas con discapacidad, entre otras categorías que se derivan del art. 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos o del art. 75.23 CN) (v. Fallos 327:5118; 329:2986; 337:611).

Por su parte, la Corte Interamericana también ha sostenido la utilización de criterios estrictos cuando está en juego la convencionalidad de hechos, normas u omisiones que perjudican a grupos vulnerables, supuestos en los que se invierte la carga de la prueba, obligando al Estado a proporcionar la justificación de las diferencias de trato (vgr. “Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile”, sentencia del 24/02/2012, párrafo 124). En cuanto aquí interesa, esa Corte se ha referido a la particular vulnerabilidad de los migrantes. En la ya citada Opinión Consultiva OC-18/03 luego de señalar que el principio de igualdad y no discriminación pertenece al *ius cogens*, esto es, de norma imperativa para los Estados (párrafo 101), observó que los migrantes se encuentran en una situación de vulnerabilidad como sujetos de derechos humanos, “en una condición individual de ausencia o diferencia de poder con respecto a los no-migrantes (nacionales o residentes)” (párrafo 112). Tal condición se relaciona con el contexto histórico de los distintos Estados, así como con la existencia de prejuicios culturales que tienden a reproducir las condiciones de vulnerabilidad, como los prejuicios étnicos, la xenofobia y el racismo (párrafo 113).

En este tipo de casos, existe una obligación por parte del Estado de evitar situaciones de discriminación tanto *de iure* como *de facto*. Por cierto, en caso de realizar distinciones normativas, puede postularse que el Estado debe acreditar que la regulación persigue un fin estatal sustancial, que los medios promueven ese fin y que no existen medios alternativos menos restrictivos de derechos para alcanzar el fin perseguido, conforme al estándar establecido por la Corte Suprema en Fallos 327:5118; 329:2986; 338:399; entre otros. Este criterio, establecido precisamente en casos en que se discutía la validez de normas que distinguían a personas sobre la base del “origen nacional”, resulta de particular aplicación en relación con el Decreto N° 70/2017, que se refiere





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL- SALA V

a un colectivo vulnerable y con dificultades jurídicas y fácticas de acceso a la justicia para la defensa de sus derechos.

El decreto cuestionado establece una serie de restricciones al derecho al debido proceso que no se compadecen con los fines que declara perseguir la norma. Además de los defectos en la fundamentación del estado de necesidad para su dictado (y que por sí solos determinan su invalidez), se advierte que las medidas que constituyen el objeto del acto no guardan proporcionalidad ni razonabilidad con los fines que se pretende alcanzar, pues, a partir de la vinculación que se arguye entre criminalidad y migrantes, se establece un mecanismo sumarísimo de expulsión aplicable a cualquier extranjero, sin consideración a sus circunstancias personales, tenga o no antecedentes penales.

V.7.3.- Por otra parte, se ha dicho que el Estado debe garantizar que el acceso a la justicia sea no sólo formal, sino real (OC-18/03, cit., párrafo 126). En el decreto se establecen plazos fugaces (tres días) para impugnar las decisiones de expulsión en sede judicial o administrativa, y no hay previsiones acerca de la defensa legal de las personas afectadas a un procedimiento migratorio y en particular, el régimen de notificaciones como presupuesto indispensable del derecho de defensa, que debe tomar en cuenta las condiciones del migrante y asegurar su efectivo ejercicio. Aquí debe recordarse que el criterio de la Corte Interamericana es que “‘el debido proceso debe ser garantizado a toda persona independientemente del estatus migratorio’, puesto que [e]l amplio alcance de la intangibilidad del debido proceso se aplica no sólo *ratione materiae* sino también *ratione personae* sin discriminación alguna’, y prosiguiendo el objetivo que ‘los migrantes tengan la posibilidad de hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables’ (CIDH, “Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas”, sentencia del 28/08/2014, párrafo 351 y sus citas).

En tal sentido, si bien el juez de grado procuró una interpretación conforme a la Constitución de la norma impugnada, estableciendo que debía asegurarse el acceso a la asistencia jurídica gratuita y a un intérprete de ser necesario, tales consideraciones son



insuficientes para salvar la validez de la norma. En efecto, en los procesos migratorios que puedan llevar a la expulsión o deportación de extranjeros deben asegurarse ciertas garantías mínimas, cuyo contenido coincide sustancialmente con las enumeradas en el artículo 8.2 de la Convención Americana (v. “Caso Vélez Loor vs. Panamá”, sentencia del 23/11/2010, párrafo 142; “Caso Pacheco Tineo vs. Tineo”, sentencia del 25/11/2013, párrafo 132). Debe recordarse la obligación de los tribunales de realizar un control de convencionalidad en los casos en que se invocan derechos protegidos por la Convención Americana (doctrina de Fallos 335:2333, considerando 11 y ss., y sus citas), a fin de evitar que el Estado incurra en responsabilidad internacional.

V.7.4.- Otro aspecto es el relativo a la retención preventiva del migrante, mecanismo que se prevé con amplitud -pues puede ser pedida “en todo momento del procedimiento administrativo o del proceso judicial”- y sin definir las causales que lo habilitan (art. 11 del decreto). Al respecto, debe recordarse que la detención por incumplimiento de las leyes migratorias no puede perseguir fines punitivos y debe utilizarse cuando fuere necesario y proporcionado en el caso concreto a fin de satisfacer una necesidad social apremiante. La Corte Interamericana ha observado que “serán arbitrarias las políticas migratorias cuyo eje central es la detención obligatoria de los migrantes irregulares, sin que las autoridades competentes verifiquen en cada caso en particular, y mediante una evaluación individualizada, la posibilidad de utilizar medidas menos restrictivas que sean efectivas para alcanzar aquellos fines” (“Caso Vélez Loor”, cit., párrafo 171).

V.7.5.- En otro orden de consideraciones, se observa que el decreto restringe explícitamente la posibilidad de un control judicial suficiente sobre los actos de la autoridad administrativa, principio establecido desde antiguo por nuestra jurisprudencia, nítidamente consagrado en el precedente de Fallos 247:121. En efecto, el migrante tiene derecho a cuestionar las razones esgrimidas por la autoridad administrativa para ordenar su expulsión y, en particular, el criterio de ésta en cuanto a la dispensa de la expulsión por motivos de reunificación familiar. Sin embargo, el decreto pretende convertir a la Dirección Nacional de Migraciones en el intérprete final de dicha causal de dispensa (cfr. art. 7º), desconociendo las facultades judiciales en materia de





Poder Judicial de la Nación

**CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
FEDERAL- SALA V**

revisión de los actos administrativos y el deber del Estado de proporcionar una tutela administrativa y judicial efectiva (Fallos 327:4185), que obviamente se extiende a las personas migrantes.

V.8.- En definitiva, el decreto cuestionado en autos no sólo constituye una apropiación de facultades legislativas sin causa constitucional que la legitime, sino que también recoge en su articulado soluciones que son incompatibles con los estándares constitucionales y de derechos humanos que forman parte de las condiciones de vigencia de los instrumentos internacionales en la materia (art. 75.22 CN). Esto, en el contexto de una normativa que se refiere a un grupo vulnerable y que presenta caracteres regresivos en relación con la legislación previa, en especial en lo relativo a la garantía del debido proceso en el procedimiento migratorio.

Por último, cabe recordar que los jueces no están obligados a seguir a las partes en todas sus alegaciones, sino sólo a tomar en cuenta aquéllas que sean conducentes para esclarecer los hechos y resolver concretamente el diferendo (Fallos 319:119; 307:2012; 311:2135; entre otros). Por lo tanto, atento a los vicios constitucionales que ostenta la reglamentación atacada, resulta innecesario ingresar al examen de los restantes agravios de los recurrentes.

VI.- Que a mérito de las consideraciones que anteceden, el Decreto N° 70/2017 ha avanzado sobre competencias del Congreso de la Nación, sin respetar los presupuestos fácticos del artículo 99.3 CN, al tiempo que presenta vicios en su causa, en su objeto, en su finalidad y en su motivación. Tales deficiencias hacen que se trate de un acto nulo de nulidad absoluta e insanable (art. 99.3 segundo párrafo CN). En consecuencia, corresponde hacer lugar al recurso deducido por los actores, revocar la sentencia de fojas 630/637 y declarar la invalidez constitucional del Decreto N° 70/2017, con costas a la demandada vencida (art. 68 del CPCCN).

ASÍ VOTO.

El Sr. Juez de Cámara, Dr. Pablo Gallegos Fedriani dijo:



I.- Que adhiero a las consideraciones efectuadas por el Dr. Treacy en su voto, así como también a la solución que allí propicia.

II.- Que sin perjuicio de ello resulta oportuno recordar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha expresado que la admisión 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, en tanto para el ejercicio de esta facultad de excepción el constituyente exige -además de la debida consideración por parte del Poder Legislativo- que la norma no regule materia penal, tributaria, electoral o del régimen de partidos políticos, y que exista un estado de necesidad y urgencia, siendo atribución de los tribunales de justicia evaluar, en cada caso concreto, el presupuesto fáctico que justificaría la adopción de decretos que reúnan tan excepcionales presupuesto (Fallos 338:1048).

En este sentido, el artículo 99 inciso 3º de la Constitución Nacional establece que "Solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes, y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos, podrá dictar decretos por razones de necesidad y urgencia, los que serán decididos en acuerdo general de ministros que deberán refrendarlos, conjuntamente con el jefe de gabinete de ministros". A continuación, en el último párrafo, la norma constitucional regula exigencias formales para la comunicación del decreto que se hubiera emitido a una comisión bicameral permanente del Congreso, y para su tratamiento en ambas cámaras.

III.- Que en este contexto, cabe señalar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene dicho que todo procedimiento judicial o administrativo que pueda afectar los derechos de una persona debe seguirse conforme a las garantías del debido proceso, de forma que las personas puedan defenderse adecuadamente de cualquier acto emanado del Estado. La jurisprudencia interamericana ha sido enfática al señalar que los procedimientos migratorios deben





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL- SALA V

desarrollarse conforme a las garantías del debido proceso, independientemente de que se trate de migrantes en situación regular o irregular (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Movilidad Humana. Estándares interamericanos, 2015, Capítulo 7 “Garantías procesales en el marco de procedimientos de deportación o extradición”).

En este sentido, la Comisión Interamericana sostiene que los diferentes escenarios que plantea la migración internacional sitúan a los migrantes frente a distintos procedimientos judiciales y administrativos que tienen implicaciones directas sobre la garantía y el ejercicio de sus derechos humanos. La Comisión ha remarcado que estos procedimientos van desde los procedimientos migratorios que se dan al ingresar a un país, al solicitar la residencia o regularización y, en especial, los procesos de expulsión o deportación, hasta aquellos tendientes a dirimir controversias sobre derechos laborales y de seguridad social, así como aquellos relativos al acceso a derechos económicos, sociales y culturales.

Ahora bien, esta clase de procedimientos se caracteriza por un alto grado de arbitrariedad estatal, frente a la cual las personas migrantes tienen un margen de respuesta mínimo, cuando no nulo. A menudo estos procedimientos tienen múltiples obstáculos, tanto *de iure* como *de facto*, que impiden el goce de los derechos de los migrantes en un plano de igualdad con los nacionales. A su vez, estos obstáculos ponen de manifiesto la desigualdad real en la que suelen encontrarse los migrantes (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Movilidad Humana. Estándares interamericanos, 2015, Capítulo 7).

En tal orden de ideas, y atento al carácter de los derechos en juego, se advierte que las disposiciones contenidas en el Decreto Nº 70/2017 modifican una ley dictada por el Congreso Nacional, estableciendo condiciones regresivas en materia de protección de los derechos humanos. Al respecto, se ha dicho que la protección de los derechos humanos requiere que los actos estatales que los afecten de manera fundamental no queden al arbitrio del poder público, sino que estén rodeados de un conjunto de garantías enderezadas a asegurar que no se vulneren los atributos inviolables de la persona, dentro de las cuales, acaso la más importante tenga que ser que las limitaciones se establezcan por una ley adoptada por el Poder Legislativo (Opinión Consultiva OC-6/86, Comisión Interamericana de Derechos Humanos).



IV.- Que al respecto, corresponde recordar que en el contexto de la migración internacional hay diversas situaciones en que las personas migrantes, en situación regular o irregular, son privadas de su libertad. No obstante, la Comisión considera relevante destacar que la violación de leyes migratorias nunca puede ser *per se* equiparable a la violación de las leyes penales, como para que la primera respuesta que den los Estados frente a la migración irregular sea la detención. En esencia, la migración en situación irregular constituye una violación a una norma de carácter administrativo, que no debe ser entendida como un delito penal.

Con base en el principio de excepcionalidad en el ejercicio del poder punitivo del Estado, la aplicación de medidas privativas de la libertad debe ser limitada a aquellas situaciones que afectan bienes jurídicos fundamentales. Las múltiples afectaciones que genera la privación de la libertad sobre los derechos de las personas demuestran porque éstas son medidas a las que los Estados sólo pueden recurrir como una *ultima ratio*. Sin embargo, tal como ya lo señalara la Relatoría de la CIDH sobre Derechos de los Migrantes, la principal medida con la que países de tránsito y destino, buscan desalentar la migración irregular es a través de la detención migratoria, que representa una forma de criminalización de la migración (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Movilidad Humana. Estándares interamericanos, 2015, Capítulo 10).

V.- Que asimismo, y tal como manifiestan los recurrentes, el decreto en cuestión posee disposiciones referentes a la libertad ambulatoria de las personas alcanzadas por la norma, así como también el establecimiento de criterios para cualquier privación de la libertad: necesidad, finalidad y excepcionalidad.

En tal sentido, se advierte que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que las garantías mínimas establecidas en el artículo 8.2 de la Convención también se aplican en materias que conciernen a la determinación de derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter, en específico aquellos de carácter sancionatorio, entre los cuales claramente encuadran aquellos





Poder Judicial de la Nación

**CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
FEDERAL- SALA V**

tendientes a establecer la situación migratoria de una persona. La Comisión ha indicado 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 (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Movilidad Humana. op. cit, con cita de CIDH, Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso 12.581, Jesús Tranquilino Vélez Loo (República de Panamá). 8 de octubre de 2009, párr. 73; y Corte IDH. Caso Ivcher Bronstein vs. Perú. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74, párr. 103).

En esta misma línea, se ha expedido con anterioridad nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación cuando analizó una sanción administrativa de arresto que había sido impuesta por un organismo administrativo. En esa oportunidad, ya nuestro Alto Tribunal había dicho que la ley de procedimientos de ese organismo no contemplaba garantías fundamentales para la defensa en juicio, menoscabo que no podía subsanarse por una posterior revisión judicial (Fallos 311:334 “Di Salvo”).

En definitiva, nuestra Corte Suprema ya tiene marcada una postura frente a las competencias de los organismos administrativos en materia sancionatoria, especialmente en lo referente al control judicial suficiente y las garantías del debido proceso que ese procedimiento administrativo debe resguardar. Tal procedimiento administrativo sancionador debe entenderse a la luz de los principios y garantías del proceso penal, motivo por el cual esa materia resulta prohibida por la Constitución Nacional y sobre ella el Poder Ejecutivo no puede regular (art 99 inciso 3º de la CN), extremo que se advierte en el Decreto Nº 70/2017 y por el cual se debe declarar su nulidad.

En tal contexto, no hay dudas respecto a la especial consideración que los instrumentos de derechos humanos establecen respecto a los derechos de los migrantes y el debido proceso, motivo por el cual no aparece como razonable ni tampoco con la necesidad y la urgencia que requieren este tipo de decretos, la decisión de limitar y restringir los derechos de los migrantes sin el dictado de una ley formal dictada por el Congreso Nacional.



VI.- Que en conclusión y tal como surge del voto del Dr. Treacy, se advierte que el Decreto N° 70/2017 ha avanzado sobre competencias del Congreso de la Nación, sin respetar los presupuestos fácticos del artículo 99 inciso 3° de la Constitución Nacional, lo cual lo vuelve un acto nulo de nulidad absoluta e insanable. En consecuencia, corresponde hacer lugar al recurso deducido por los actores, revocar la sentencia de fojas 630/637 y declarar la invalidez constitucional del Decreto N° 70/2017, con costas a la demandada vencida (art. 68 del CPCCN).

ASI VOTO.-

Por las consideraciones precedentes, el Tribunal, por mayoría, **RESUELVE:** Hacer lugar a las apelaciones deducidas por los recurrentes, revocar la sentencia de fojas 630/637 y declarar la invalidez constitucional del Decreto N° 70/2017, con costas a la demandada vencida (art. 68 del CPCCN).

Regístrese, notifíquese, al Sr. Fiscal General en su público despacho y devuélvase.-



Guillermo F. TREACY



Pablo GALLEGOS FEDRIANI



Jorge Federico ALEMANY
(en disidencia parcial)



WALTER LARA CORREA
SECRETARIO DE CÁMARA