



INFORME ALTERNATIVO DE LA
PROCURACIÓN PENITENCIARIA DE LA NACION ARGENTINA
ANTE EL COMITÉ DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE
TODOS LOS TRABAJADORES MIGRATORIOS Y DE SUS
FAMILIAS (2º ciclo)

Buenos Aires, 17 de enero de 2018.



1. Presentación

Una breve reseña del antecedente histórico de la Procuración Penitenciaria de la Nación (PPN) señala la importancia del paso institucional dado por el Parlamento Argentino en orden a la protección de los derechos humanos de las personas privadas de libertad en el país.

La Procuración Penitenciaria fue inicialmente creada por el Poder Ejecutivo a través del Decreto N° 1598 del 29 de julio de 1993, con el objetivo de proteger con rapidez, eficacia y por métodos no tradicionales, los derechos humanos de las personas privadas de libertad, comprendidas dentro del régimen penitenciario federal. Técnicamente, la institución había sido diseñada como un "ombudsman sectorial" en la esfera del Poder Ejecutivo, cuya finalidad era el control de la administración en lo que respecta al rol de custodia de las personas sometidas al encierro carcelario.

El tímido comienzo de este órgano de contralor –instalado en el mismo ámbito de la Administración responsable, paradójicamente también del gobierno de las cárceles- no impidió una profunda y laboriosa trayectoria en la defensa de los derechos humanos de las personas presas.

Tras diez años de funcionamiento, a través de la Ley N° 25.875 (B.O. 22/01/04) la Procuración Penitenciaria fue insertada en el ámbito del Poder Legislativo, lo cual constituía una cuestión pendiente desde su creación, dado que la función de "*ombudsman*" de la Procuración Penitenciaria exige la completa independencia respecto del Poder Ejecutivo, al constituir un órgano de control de éste último.

Con el nuevo encuadre jurídico el proyecto de esta gestión siguió siendo la de constituirse en un órgano de control estricto de la actividad de la administración penitenciaria, a fin de garantizar que la ejecución de la pena se desarrolle en el pleno respeto de los derechos fundamentales de las personas presas.

Como organismo estatal independiente, encargado de promover y proteger los derechos de las personas privadas de su libertad en Argentina, sus funciones de control, reconocidas por la Ley N° 25.875 se han visto consolidadas desde su incorporación como parte integrante del Comité



Nacional de Prevención de la Tortura y mecanismo para la prevención de la tortura en todos los lugares de detención dependientes de autoridad nacional y federal a través de los artículos 11, 32 y 36 de la Ley N° 26.827 vigente desde enero de 2013.

Entre sus atribuciones, el organismo¹ audita prisiones, comisarías, institutos de menores, así como todo otro espacio destinado a la privación de libertad donde se aloje a personas, incluyendo a las personas extranjeras que son retenidas con fines de su expulsión en el marco de la aplicación de la Ley Nacional de Migraciones N° 25.871. Sus asesores entrevistan a las personas privadas de su libertad, dependientes de autoridad nacional o federal, en condiciones de confidencialidad, y en consecuencia se realizan recomendaciones a los diferentes actores del sistema administrativo, penal y penitenciario y se incide en causas judiciales como denunciante, amigo del tribunal, parte querellante en procesos penales o parte actora en procesos de habeas corpus colectivo.

El organismo cuenta con equipos específicos para trabajar sobre las diversas implicancias que el encierro puede generar a los distintos colectivos que integran el conjunto de las personas encarceladas. En este sentido, cuenta con un equipo que trabaja particularmente las problemáticas de las personas extranjeras en prisión y de los argentinos privados de libertad en el exterior a fin de abordar, detectar y visibilizar la situación de estas poblaciones. Este posicionamiento político resulta fundamental y constituye un valor agregado a la labor de los órganos de monitoreo.

En el marco de trabajo del Área Extranjeros en Prisión y Argentinos Privados de Libertad en el Exterior, se inscribe el abordaje vinculado con la detención migratoria. De esta forma, el presente informe alternativo se referirá

¹ Argentina es un país federal, compuesto por diferentes unidades autónomas que son las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA). Ello significa que conviven sistemas judiciales y penitenciarios provinciales, con un sistema federal de justicia y penitenciario -a excepción de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que por el momento cuenta con sólo algunos fueros judiciales, y no cuenta con cárceles propias.

En el SPF se encuentran privadas de libertad las personas procesadas o condenadas por la comisión de delitos federales (entre ellos, las infracciones a la Ley 23.737 Tenencia y Tráfico de Estupefacientes), o por delitos cometidos en el territorio de la CABA en los que entiende la justicia nacional.



únicamente a algunas de las observaciones y recomendaciones contenidas en "Observaciones finales del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migrantes y de sus Familias" (en adelante Observaciones Finales) emitidas por el Comité en el año 2011, luego de la primera revisión. Aquellas directamente vinculadas con la competencia específica de trabajo de este organismo.

2. Breve reseña del cambio de paradigma de la política migratoria argentina

La Constitución Nacional de la República Argentina, cuya última reforma data de 1994, establece derechos civiles y sociales a todos sus habitantes, argentinos y extranjeros; y define la condición civil del extranjero a través de sus artículos 14 y 20. El primero de los artículos contempla una regulación general de los derechos civiles para todos los habitantes de la Nación; y el segundo, en forma especial para los extranjeros. Este último establece que se debe asegurar a los extranjeros el goce de los derechos de propiedad, trabajo, comercio e industria, locomoción, petición, publicidad, asociación, culto, enseñanza, conforme a las leyes reglamentarias.

La sanción de la Ley Nacional de Migraciones N° 25.871 - vigente desde el año 2004- y su Decreto Reglamentario N° 616/2010², implicó un cambio de posicionamiento del Estado respecto de la cuestión migratoria al reconocer a la migración como derecho humano. Ello en forma concordante con los preceptos constitucionales y con los tratados internacionales de derechos humanos incorporadas a la Constitución, como por ejemplo, la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares

La perspectiva de derechos trajo consigo la definición de un conjunto de reglas, estándares y principios jurídicos a ser tenidos en cuenta a la hora de definir la política pública y las estrategias de intervención desde el propio Estado. Evidencia de ello son los artículos 4, 5 y 6 los que reconocen respectivamente; el carácter esencial e inalienable del derecho a la migración,

² Del 6 de mayo de 2010.



la igualdad de trato hacia las personas migrantes y el acceso igualitario a los mismas condiciones de protección, amparo y derechos.

Sin embargo, dicha política supo encontrar algunas dificultades en su implementación, particularmente por ciertas prácticas de la autoridad administrativa de aplicación en cabeza de la Dirección Nacional de Migraciones, en tanto continuaban motivadas en la idea de control migratorio asociado a la seguridad nacional, y en consecuencia, apartadas de la nueva perspectiva de derechos introducida por la norma.

Desde el año 2014, el abordaje de la detención migratoria - mediante la retención - forma parte de la agenda de trabajo habitual de este organismo. A partir de ello ha sido posible detectar las irregularidades en las prácticas de retención de personas extranjeras, las que pueden sintetizarse en la ausencia de garantías durante la detención, las malas condiciones de alojamiento y la ausencia de datos públicos sobre retenciones y expulsiones. Estos aspectos, que en definitiva repercuten negativamente en los derechos fundamentales, fueron fuertemente cuestionados desde diversos ámbitos vinculados a la defensa de los derechos humanos de las personas migrantes. En este marco se inscribieron las presentaciones realizadas por esta Procuración ante organismos regionales e internacionales.³

Luego de más de una década de vigencia de la normativa nacional referida, estas malas prácticas fueron materializadas mediante la reforma introducida a la política migratoria a partir de la sanción del Decreto de

³ Informe alternativo presentado en ocasión de la reunión mantenida en la ciudad de Buenos Aires en el mes de mayo de 2016 con el *Relator Especial sobre las formas contemporáneas de Racismo, Discriminación Racial, Xenofobia y Formas Conexas de Intolerancia de Naciones Unidas*, Informe alternativo presentado en ocasión de la reunión mantenida en la ciudad de Buenos Aires en el mes de noviembre de 2016 con la *Relatora sobre Violencias contra las Mujeres, sus causas y consecuencias de Naciones Unidas*, Informe alternativo expuesto por otros organizaciones de la sociedad civil en ocasión de una audiencia realizada en la ciudad de Ginebra en noviembre de 2016 ante el *Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial de Naciones Unidas*, Informe alternativo expuesto por organizaciones de la sociedad civil en ocasión de una audiencia convocada de oficio por y realizada en la ciudad de Washington marzo de 2017 ante la *Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, Informe alternativo presentado por el Procurador Penitenciario en ocasión de la audiencia mantenida en la ciudad de Ginebra a fines del mes de abril de 2017 ante el *Comité contra la Tortura de Naciones Unidas* y el Informe alternativo presentado en ocasión de la reunión mantenida en la ciudad de Buenos Aires en mayo de 2017 con el *Grupo de Trabajo de Detenciones Arbitrarias de Naciones Unidas*.



Necesidad y Urgencia N°70/2017, vigente desde el 27 de enero de 2017. En primer lugar deben señalarse dos aspectos controversiales que presenta el decreto de marras: desde sus aspectos intrínsecos, tales como su carácter de "necesario y urgente", la omisión del trámite ordinario de discusión por el cuerpo parlamentario, un posicionamiento en la jerarquía jurídica dudoso para modificar leyes nacionales pero también por algunos vínculos que traza, como el nexo entre extranjería e inseguridad.

Analizando el contenido de las reformas introducidas y que impactan directamente en los derechos fundamentales de las personas extranjeras privadas de libertad deben destacarse: la denegación de residencia y expulsión de aquellos condenados o con procesamiento firme por delitos con pena privativa de libertad (aún de cumplimiento condicional), la cancelación de residencia para aquellos migrantes condenados (aún no firme) por cualquier delito castigado con pena de prisión, la introducción del Proceso Especial Migratorio Sumarísimo y la consecuente debilitación del derecho de defensa, y la habilitación de retención en cualquier momento del procedimiento. Algunos de estos puntos serán desarrollados en los próximos apartados.

Este cambio de paradigma de la migración fue cuestionado por varias organizaciones de la sociedad civil a través de la presentación de una acción de amparo colectiva que fue rechazada en primera instancia. Actualmente se encuentra apelado el rechazo ante la Sala V de la Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal, instancia en que este organismo se presentó en calidad de "*amicus curiae*", aguardando una resolución.

3. Ausencia de datos públicos y de comunicación de las retenciones

El Comité en sus Observaciones Finales, apartado C 1. Medidas generales de aplicación – Recolección de datos expresa que:

13. "(...) lamenta la falta de información y estadísticas detalladas sobre algunas cuestiones relacionadas con la migración, como el número, la situación en materia de empleo y el acceso a los servicios básicos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, incluidos los que se encuentran en situación irregular.



Recuerda que esa información es indispensable para comprender su situación en el Estado parte y evaluar la aplicación de la Convención."

Y a continuación, en el punto 14, pide al Estado que su próximo informe contenga información desglosada sobre los trabajadores migratorios y sus familiares, incluyendo aquellos que se encuentran en situación irregular, *"(...) los ámbitos y las condiciones de empleo de los trabajadores migratorios, y el disfrute por ellos y sus familiares de los derechos que tienen en virtud de la Convención y la Ley de migraciones. Cuando no se disponga de información precisa, el Comité agradecería recibir datos basados en estudios o evaluaciones estimativas"*.

Un gobierno abierto, transparente y cercano brinda información relevante de manera clara y sencilla, promoviendo la participación ciudadana y los procesos democráticos. Siguiendo esta tesis, el 9 de marzo de 2016 se lanzó en Argentina la Estrategia Nacional de Gobierno Abierto y se presentó el Portal de Datos Públicos, un sitio web con información del Estado.⁴ Si bien varias agencias del Estado comenzaron a publicar sus datos y la información producida, la Dirección Nacional de Migraciones persistió sin dar a conocer datos sobre las retenciones y expulsiones practicadas.

Por tal motivo, en el mes de noviembre del año 2016, se emitió la Recomendación N° 847/PPN/16 *"Recomendación sobre acceso a la información relativa a las personas extranjeras retenidas en el marco de la aplicación de la Ley N° 25.871"* de esta Procuración. A partir de la misma se recomienda a la Dirección Nacional de Migraciones que arbitre los medios necesarios a fin de informar inmediatamente a la autoridad judicial correspondiente, a la Defensoría General de la Nación y a esta Procuración Penitenciaria de la Nación cuando se proceda a la retención de una persona

⁴ El marco legal está conformado por el Decreto 117/2016 reglamenta plazos tanto para la publicación de los primeros datasets del portal. También reglamenta los tiempos para detallar los activos de datos de los distintos organismos de la Nación y su cronograma de publicación. La resolución 538/2013 reglamenta la creación del programa SINDAP, Sistema Nacional de Datos Públicos. Y El Decreto 1172/2003 establece el Reglamento General del Acceso a la Información Pública para el Poder Ejecutivo Nacional. Además de la Ley 27275 de derecho de acceso a la información pública.



extranjera en el marco de la aplicación de la ley 25.871. Así también se recomienda se brinde acceso a esta PPN a los expedientes administrativos que se sustancian con miras a la expulsión de las personas extranjeras y se genere una base de datos actualizada en materia de retenciones de escrutinio público. Por último se recomienda a las policías migratorias auxiliares –Policía Federal Argentina, Prefectura Naval Argentina, Policía de Seguridad Aeroportuaria y Gendarmería Nacional - sobre la necesidad de corroborar previo a la recepción de las personas extranjeras en calidad de retenidas, la existencia de una orden judicial que ordene tal retención.

Pese a la trascendencia de lo solicitado y la iniciativa del Estado nacional de publicidad de los actos de gobierno, la respuesta emitida por la Dirección Nacional de Migraciones⁵ a la Recomendación no contó con ningún tipo de información relativa a las retenciones y expulsiones practicadas, sino que se basó en desconocer la competencia de la PPN tanto para requerir información como para intervenir en casos en que medie una situación de privación de libertad en el ámbito federal.

En virtud de ello, y destacando la actividad que este organismo viene desempeñando a lo largo de los años y más recientemente como parte integrante del Comité Nacional de Prevención de la Tortura y mecanismo para la prevención de la tortura, con competencia para monitorear todo espacio empleado para privar a una persona de su libertad -lo que incluye las detenciones por la ley de migraciones - se envió una nueva nota⁶ a la autoridad migratoria. En la misma se detalla la amplia competencia del organismo en relación a todas las personas privadas de su libertad ambulatoria y se requiere se de cumplimiento a la Recomendación emitida.

En el mes de mayo, careciendo de una respuesta y aun sin contar con datos públicos, se envió una nueva nota a la Dirección Nacional de Migraciones solicitando se expida sobre lo requerido en la Recomendación N° 847/PPN/16.⁷ Ante la falta de respuesta, de la autoridad migratoria, se envió una nota a modo

⁵ Nota DNM N°1136/16 del 2 de enero de 2017.

⁶ Nota N°21/PPN/17 del mes de marzo de 2017.

⁷ Nota N°42/PPN/17 del 24 de mayo de 2017.



informativo al superior jerárquico de la mentada Dirección, es decir, al Ministro del Interior, Obras Públicas y Vivienda, Lic. Rogelio Frigerio.⁸ Esta nota fue respondida por la Dirección Nacional de Migraciones, mediante la Nota DNM N°67/17, señalando aspectos generales sobre los lugares empleados para retener personas extranjeras y manifestando su compromiso en el deber de colaboración con esta Procuración.

Lo cierto es que la Dirección Nacional de Migraciones permanece sin publicar datos sobre las retenciones y expulsiones que realiza, ni comunicar las mismas a la PPN, impidiendo el desarrollo de tareas de monitoreo y asesoramiento. Únicamente es posible auditar estas detenciones y sus condiciones, cuando se toma conocimiento y esto siempre sucede a través de medios no oficiales. En consecuencia, muchas expulsiones son practicadas sin ningún tipo de intervención de otras agencias del Estado, inclusive la defensa⁹.

Así pues, consideramos que la ausencia total de información acerca de las retenciones y expulsiones que practica la Dirección Nacional de Migraciones reviste suma gravedad toda vez que invisibiliza situaciones de extrema vulnerabilidad en que pueden desplegarse hechos de tortura, así como otras vulneraciones de derechos fundamentales. Por ello, esta omisión debe ser corregida de forma inmediata.

En el examen periódico de la Argentina en cumplimiento de la Convención contra la Tortura de Naciones Unidas llevado a cabo en las audiencias celebradas durante los días 26 y 27 de abril de 2017 en Ginebra en las que participó el Procurador Penitenciario junto a un equipo de asesores, el Comité contra la Tortura (CAT) emitió sus Observaciones finales sobre el quinto y sexto informe conjunto periódico de Argentina¹⁰. Entre ellas, también se refirió a la publicación de datos, en el párrafo 23 indicando que urge al Estado Argentino a "*velar por que todos los lugares de detención, incluidos los puestos policiales, sean objeto de inspecciones periódicas e independientes, facilitando el acceso a los mismos a los organismos que tienen como misión*

⁸ Nota N°64/PPN/17 del 24 de julio de 2017.

⁹ Para mayor abundamiento ver *Informe Anual 2016* Procuración Penitenciaria de la Nación, pag. 453.

¹⁰ Adoptadas por el Comité en su sexagésima sesión (18 de abril - 12 de mayo de 2017).



proteger los derechos humanos de las personas privadas de su libertad. El Estado parte debe garantizar también que estos organismos puedan acceder libremente a la información disponible sobre personas detenidas, incluyendo la información obrante en expedientes judiciales..."

Posteriormente, en el mes de mayo de 2017 y luego de una reunión mantenida, el Grupo de Trabajo de Detenciones Arbitrarias de Naciones Unidas también se manifestó sobre la temática. En este sentido mostró preocupación por la modificación de la Ley de Migraciones 25.871 mediante el Decreto de Necesidad y Urgencia (DNU) N° 70/2017. Además recordó que la detención en un contexto migratorio debe ser una medida excepcional y efectuarse con posterioridad a una evaluación individual, en el marco de la cual debe acreditarse su legitimidad, proporcionalidad y necesidad, todo lo cual debe ser objeto de control judicial. Finalmente emitió el señalamiento siguiente: *"El Grupo de Trabajo exhorta a las autoridades a que garanticen que la Oficina del Procurador Penitenciario tenga acceso libre a todas las instituciones de privación de la libertad, entre las que se incluyen institutos penitenciarios, comisarías, institutos de menores, salas destinadas a los migrantes demorados, y otros centros. Este acceso irrestricto debe garantizarse no solo en relación con entidades federales, sino que debe permitírsele el ingreso libre a toda otra institución de encierro en donde se alojen prisioneros federales u otras personas bajo jurisdicción federal. El Procurador Penitenciario deber ser informado sistemáticamente de todos los lugares de privación de la libertad en donde se aloja a las personas, incluidos los migrantes"*.

4.- La dispensa y la reunificación familiar en peligro

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



La misma Ley de Migraciones N° 25.871, reconoce la relevancia del derecho a la reunificación familiar. En su artículo 10 prevé que: *"El Estado garantizará el derecho de reunificación familiar de los inmigrantes con sus padres, cónyuges, hijos solteros menores o hijos mayores con capacidades diferentes"*. En el artículo 3 inc. d, establece como objetivo de la ley *"d) Garantizar el ejercicio del derecho a la reunificación familiar."* Ahora bien, más allá de la regulación federal, los Estados tienen la obligación de llevar a cabo procedimientos que permitan un balance entre estas obligaciones y las reglas de carácter migratorio. Es decir, en todos los procedimientos migratorios la autoridad administrativa y la autoridad judicial deben analizar el caso concreto de vulneración de los derechos a la vida familiar y de los derechos de los niños y niñas respecto a la decisión que se podría tomar.

En este sentido, cuando existan trámites de expulsión en los que se encuentre en juego la unidad familiar, de acuerdo a la CIDH, *"los Estados tienen la obligación de garantizar que los procedimientos de expulsión de personas no nacionales deben tomar en consideración los mejores intereses de sus hijos, así como los derechos de la persona a una vida familiar. La Comisión estima que los Estados deben establecer oportunidades procesales para evitar la expulsión en los casos en los que la expulsión supondría un grave daño para la vida familiar de la persona a ser expulsada, así como de los miembros de su familia."*¹¹

Sin embargo, el Comité en sus Observaciones Finales, en el punto 23, expone su preocupación por que la Dirección Nacional de Migraciones *"no toma en consideración las circunstancias personales, familiares y profesionales o la duración de la permanencia en el Estado parte de los migrantes, y se limita a fundamentar las órdenes de expulsión en los impedimentos legales para el ingreso y la permanencia legales de los migrantes (artículo 29 de la Ley de migraciones)"*.

¹¹ CIDH, Informe "Derechos humanos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazados internos: Normas y Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos", par. 367.



De alguna forma, la reforma introducida por el Decreto 70/2017, en particular al artículo 29, profundiza esta problemática, toda vez que reduce las posibilidades de permanencia en el país de personas migrantes con órdenes de expulsión, en los términos del artículo 29 (impedimentos de ingreso y permanencia) y del artículo 62 (cancelación de residencia).. En este sentido, el Decreto modificatorio excluyó la posibilidad de alegar cuestiones de "unidad familiar" en la mayoría de los casos que pueden derivar en una expulsión y excepcionalmente la Dirección Nacional de Migraciones podrá admitir en el país, únicamente por razones humanitarias, de reunificación familiar o de auxilio eficaz a la justicia en 4 supuestos. Entre ellos, a los extranjeros que hubiesen presentado documentación nacional o extranjera material o ideológicamente falsa o adulterada o hayan omitido informar sobre la existencia de antecedentes penales, condenas y/o requerimientos judiciales; quienes hayan intentado ingresar o hayan ingresado al territorio nacional eludiendo controles migratorios o por lugar o en horario no habilitados al efecto; ante el incumplimiento de requisitos exigidos en la ley y por último a aquellos condenados o quienes estén cumpliendo condena, o tenga antecedentes o condena no firme en la República Argentina o en el exterior, en caso de que el delito doloso merezca en la legislación nacional pena privativa de la libertad cuyo monto máximo no exceda de 3 años de prisión, o sea de carácter culposo. Al finalizar, el artículo establece que fuera de los supuestos expresamente regulados no podrá hacerse lugar al trámite excepcional de dispensa.

Ahora bien, en aquellos supuestos que permite alegar la existencia de este derecho, deberá acreditarse la convivencia del grupo familiar, excluyendo a quien se hubiera desinteresado afectiva o económicamente. Esta valoración estará a cargo de la Dirección Nacional de Migraciones no pudiendo ser otorgada judicialmente, dispone el artículo 62 bis incluido con la reforma. Es decir, que en un eventual planteo judicial con relación a una decisión administrativa de expulsión (por impedimento de permanencia o cancelación de residencia) los jueces no podrán evaluar de qué manera se consideraron los antecedentes vinculados a la concesión de una dispensa, así como tampoco



aplicarla si es que el rechazo administrativo de la dispensa se ha llevado adelante de manera irrazonable o ilegal.

Podrá advertirse entonces que el ejercicio del derecho a la reunificación o a la unidad familiar dependerá de la discrecionalidad de las autoridades administrativas y solo para aquellos pocos supuestos en los que el Decreto la habilitó. Esta decisión, por cierto, quedará sujeta al cumplimiento de exigencias probatorias en el marco del Procedimiento Especial Migratorio Sumarísimo.

Por último, la derogación del artículo 90 de la Ley de Migraciones N° 25.871, a través del Decreto, también limita las posibilidades de alegar, dentro de un mecanismo idóneo, la cuestión de la reunificación familiar como argumento para la revisión de una decisión que lo afecte de manera concreta e inminente. Aquél remedio era una herramienta sobre la que tanto el Ministerio del Interior como la propia autoridad migratoria podían advertir y sanear un error serio, como la falta de consideración del derecho a la unidad familiar o reunificación familiar. Por su parte, la Corte Suprema en Fallos 330:4554, "Zhang" de 2007, cuando analizó la Ley de Migraciones N° 25.871, reafirmó el papel central del principio de unidad familiar, que transformó el paradigma de la anterior ley, heredada de la dictadura. En el caso referido, la Corte analizó el alcance del derecho a la reunificación familiar y dijo *"que la nueva ley de Política Migratoria Argentina, 25.871, no sólo derogó la norma bajo la cual se denegó la solicitud de ingreso al país sino que estableció, en lo que al caso interesa, una variación sustancial de los objetivos a tener en cuenta para la admisión de extranjeros. Es particularmente relevante para decidir esta cuestión, el art. 10 que establece: 'El Estado garantizará el derecho a la reunificación familiar de los inmigrantes'."*

La protección del derecho a la unificación familiar en materia de políticas migratorias tiene un papel central en el marco de la Ley Nacional de Migraciones N° 25871 y es respuesta a las exigencias del artículo 14 bis de la Constitución Nacional y los tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional. Su restricción atenta así con los compromisos internacionales asumidos por el estado en esta materia e impacta directamente



sobre las conformaciones familiares, el derecho a una vida en familia, y especialmente al derecho de los niños y niñas de crecer junto a sus padres.

5. Incremento de supuestos de expulsión respecto de extranjeros en conflicto con la ley penal

Con antelación a la reforma normativa, la expulsión de personas migrantes en conflicto con la ley penal procedía cuando la persona estaba condenada –entendiéndose por ello condena firme, ya no pendiente de instancias recursivas- o tenía antecedentes penales –condena no firme o auto de procesamiento firme- por los delitos de tráfico de armas, de personas, de estupefacientes, lavado de dinero o inversiones en actividades ilícitas o delitos que merezcan penas privativas de la libertad de 3 años o más para la legislación argentina. Esta se practicaba a partir de la mitad de la condena cumplida.

Sin lugar a dudas, la modificación normativa tiene mayor impacto aún sobre este colectivo, en tanto se han incrementado los supuestos que habilitan la expulsión del territorio nacional.

Si se analizan los últimos datos publicados por el Servicio Nacional de Estadística de Ejecución de la Pena –dependiente del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación – se observa que de un total de 10.968 personas presas bajo la órbita del Servicio Penitenciario Federal, 2106 son extranjeros y el 49% se encuentran presas por delitos vinculados con la Ley de Estupefacientes N° 23.737 y el 66% con penas que superan los 3 años de prisión. Los datos permiten advertir que estas personas no van a poder acceder a la dispensa, negándoles así la opción de permanecer junto a su grupo familiar, afectando también a sus hijas e hijos.

Pero además ello ha venido a profundizar la asociación de migración y criminalidad, estigmatizando a la persona migrante y reconvirtiendo el abordaje de la cuestión migratoria desde una perspectiva securitaria y de control. Dicha perspectiva, es la esbozada en las motivaciones del Decreto, amparada en una falsa sobrerrepresentatividad del colectivo extranjero en contextos de encierro. Ante ello, debe señalarse en términos generales, el porcentaje de personas



extranjeras presas en la Argentina se ha mantenido constante desde el año 2002 entre el 5 y el 6%; mientras que en el ámbito federal solo se produjo un incremento en los primeros años, para luego mantenerse sin grandes oscilaciones en torno al 20% desde el año 2007. Se destaca que entre los años 2008 y 2014 el porcentaje fluctuó entre el 19% y el 21%, teniendo solo en 2015 su pico máximo que llegara al 23%, para luego descender.

6. El “procedimiento migratorio especial sumarísimo”

La ley Nacional de Migraciones y su Decreto N° 616/2010, establecían un procedimiento dotado de varias vías recursivas –administrativas y judiciales- a fin de permitir que la persona migrante pudiese apelar la orden de expulsión dictada en su contra, y con ello defender su derecho a migrar, permaneciendo en el país. Del mismo modo, se establecían garantías de debido proceso y de defensa, mediante la facilitación de una defensa técnica pública brindada por el mismo Estado.

Referidos logros, reconocidos y acogidos favorablemente por el Comité en su observación N° 25 de las Observaciones Finales, fueron uno de los principales puntos de reforma del DNU 70/17, el cual no solo instauró un nuevo procedimiento especial aplicable que atenta contra el derecho al debido proceso, sino que también modificó el sistema recursivo y las posibilidades de acceso de la persona migrante a la defensa pública.

Así pues, la introducción del Capítulo I Bis del Título V sobre Procedimiento Especial Migratorio Sumarísimo, instaura un procedimiento específico de expulsión de personas migrantes del territorio nacional. Dicho procedimiento, aplicable en términos generales a los supuestos establecidos en los artículos 29 y 62 –inicialmente menciona en particular alguno de los incisos de los referidos artículos, pero seguidamente refiere que puede extender su aplicación a los supuestos restantes si implican “gravedad institucional”- como así también al proceso que se iniciase en caso de retención preventiva previsto en el artículo 70 de la ley.

De acuerdo al Procedimiento Especial Migratorio Sumarísimo, la persona migrante que desee permanecer en el país pese a una orden de



expulsión dictada en su contra, cuenta con el plazo improrrogable de 3 días para la interposición del recurso jerárquico correspondiente, el cual debe ser resuelto en igual plazo por la autoridad administrativa, es decir la Dirección Nacional de Migraciones (artículo 69 quinquies). Este nuevo procedimiento, además de reducir notablemente los plazos, elimina una instancia recursiva en sede administrativa – recurso de reconsideración-, dejando al recurrente solo con un recurso posible ante la Dirección Nacional de Migraciones, previo a la habilitación de la instancia judicial. Una vez agotada la vía administrativa, se da un nuevo plazo de 3 días también improrrogables para la interposición del recurso judicial; el cual debe ser resuelto también en 3 días (artículo 69 septies). Contra la resolución del juez de primera instancia procederá el recurso de apelación ante la Cámara Federal correspondiente, el cual deberá ser interpuesto y fundado en el plazo improrrogable de 3 días hábiles desde su notificación (artículo 69 nonies). La Cámara tiene el mismo plazo para resolver.

Este procedimiento *express* tiene plazos tan breves que impiden el ejercicio de una adecuada defensa y en definitiva, priva a la persona del derecho a un debido proceso, y torna obsoleta la vía recursiva. Otra alteración dispuesta por el Decreto es el momento en que puede solicitarse la privación de libertad a los efectos de la expulsión. Anteriormente la ley requería que la orden de expulsión se encontrara firme y consentida; la nueva norma establece que *"podrá ser pedida en todo momento del procedimiento administrativo o del proceso judicial"* (artículo 69 bis). De esta forma la retención deja de ser una excepción para convertirse en la regla.

Los plazos de duración también han sido modificados y se diferencia según se trate de una retención con orden de expulsión firme o no. En el segundo caso, no se estipula límite temporal alguno; mientras que ante medidas expulsivas firmes la retención puede dictarse por un plazo inicial de 30 días, prorrogable por idéntico período (artículo 70). Además de haberse ampliado el término, el Decreto prevé que *"las acciones o procesos recursivos suspenderán el cómputo del plazo de retención hasta su resolución definitiva"*. Ello podría sugerir, leído junto con la previsión sobre el momento en que puede solicitarse la retención, que las personas migrantes podrían estar detenidas



durante todo el proceso de tramitación de la expulsión implicando así una detención por tiempo indeterminado, apartándose de los parámetros constitucionales e internacionales sobre privación de libertad.

Sobre el ejercicio de la defensa oficial, también se observan modificaciones que resultan preocupantes, por debilitar el derecho de asistencia gratuita. La Ley Nacional de Migraciones, en su artículo 86 establecía tal derecho para las personas extranjeras que carecieran de medios económicos, así como la asistencia de un intérprete; y el Decreto 616/2010 disponía que *"La DIRECCION NACIONAL DE MIGRACIONES, ante el planteo que efectúe un extranjero, dará inmediata intervención al MINISTERIO PUBLICO DE LA DEFENSA, disponiendo la suspensión de cualquier trámite y de los plazos en curso en las actuaciones administrativas, hasta que el referido Ministerio tome intervención o el interesado reciba la asistencia jurídica necesaria para la salvaguarda de sus intereses"*. Sin embargo, la nueva normativa parece dejar en cabeza de la Dirección Nacional de Migraciones la determinación de si una persona accederá a la Defensa Pública Oficial o no, al disponer que *"(...) acreditada que sea la carencia de medios económicos, la DIRECCIÓN NACIONAL DE MIGRACIONES notificará al defensor público oficial de turno para que en el plazo de TRES (3) días hábiles tome la intervención que le compete"* (art. 86 segundo párrafo), atribución que corresponde, en definitiva, al mismo Ministerio Público de la Defensa. Con poco acierto, se dispuso también que a falta de esta acreditación, las actuaciones administrativas continúan sin más trámite: esto omite, primero, que todas las personas mantienen el derecho a la asistencia legal, sea esta de oficio o no, con lo cual se podría nombrar asistencia particular; por otro, que esta misma determinación de la Dirección Nacional de Migraciones es apelable, ya que por el régimen general administrativo de recursos, se trata de una resolución impugnabile que lesiona derechos subjetivos.

Pero aún si se sortearan estos obstáculos y la persona migrante lograra contar con la asistencia jurídica – sea gratuita o no – difícilmente se pueda ejercer una defensa técnica apropiada en razón de la brevedad de los plazos. El trámite *express* impide una seria preparación de recursos, fundados en



forma suficiente, que aseguren sino la eficacia del mismo al menos el acceso de la persona migrante a un derecho de defensa sustancial y no meramente formal. En este sentido es que recabar la información suficiente para fundar los motivos de índole humanitario y/o de reunificación familiar que podrían justificar legalmente la permanencia de la persona en territorio nacional, resulta de realización casi imposible. A su vez, desde un contexto de encierro difícilmente puedan recabarse pruebas sobre su real condición en Argentina y enfrentar los argumentos que la autoridad migratoria considera en su contra, o indagar sobre condiciones vinculadas a sus trámites migratorios previos, entre otras situaciones que pueden necesitarse para preparar su mejor defensa legal.

Sobre la modificación del procedimiento expulsatorio y las limitaciones al ejercicio del derecho de defensa también se pronunció el Comité contra la Tortura de Naciones Unidas en sus Observaciones finales del año 2017 para la Argentina y manifestó profunda preocupación por la práctica recurrente de la tortura en la Argentina. Asimismo destacó *"su inquietud ante informaciones que señalan el rechazo en frontera de personas migrantes, incluyendo de grupos familiares, sin poder recurrir la decisión o acceder a asistencia letrada. Asimismo le preocupa la reciente sanción del Decreto de Necesidad y Urgencia No. 70/2017, que deroga parte de las garantías de la Ley 25.871 de Migraciones e introduce un procedimiento de expulsión de migrantes sumarísimo que reduce drásticamente los plazos para recurrir la expulsión...el Comité observa que el Decreto exige a la persona sujeta a expulsión que acredite de forma fehaciente la falta de medios económicos al solicitar la asistencia jurídica gratuita, dificultando por ello su acceso. El Decreto habilita además la retención preventiva de migrantes desde el inicio del procedimiento sumarísimo hasta su expulsión, que podría extenderse a 60 días, sin tomar en consideración medidas menos coercitivas ni el riesgo de fuga de la persona en cuestión (art. 3)"*.¹²

Así pues, instó al Estado Parte a *"derogar o enmendar las disposiciones del Decreto de Necesidad y Urgencia No. 70/2017 con el fin de que las*

¹² Observaciones finales sobre el quinto y sexto informe conjunto periódico de Argentina - Párrafo 33.



personas sujetas a expulsión puedan disponer del tiempo suficiente para recurrir la misma a nivel administrativo y judicial y accedan a asistencia jurídica gratuita inmediata durante el proceso de expulsión en todas las instancias”, como así también a “asegurar que la legislación y normativa migratoria sólo recurre a la detención por razones migratorias únicamente como medida de último recurso, después de que se hayan examinado debidamente y agotado medidas alternativas menos invasivas, cuando se haya considerado necesaria y proporcional y durante el período más breve posible. El Estado parte debe también asegurar el control judicial efectivo de la orden de detención por razones migratorias”.¹³

7. Recomendaciones sugeridas

La Procuración expresa su preocupación al Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familias sobre la falta de garantías en el ejercicio de sus facultades respecto de la detención migratoria. En ese sentido, se propone la emisión de una recomendación hacia el Estado la cual podría valerse de la siguiente redacción:

“El Estado parte debe velar para que la detención migratoria sea objeto de escrutinio por parte de los organismos que tienen como misión proteger los derechos humanos de las personas privadas de su libertad y prevenir la tortura. Debe garantizar también que estos organismos puedan acceder libremente a la información disponible sobre personas detenidas, incluyendo la información obrante en expedientes administrativos y judiciales. En particular se deberá informar, a la Procuración Penitenciaria de la Nación toda retención migratoria que se practique.”

¹³ Observaciones finales sobre el quinto y sexto informe conjunto periódico de Argentina - Párrafo 34 b y c.



Asimismo, consideramos pertinente se emita una recomendación que garantice la tutela judicial efectiva y el derecho de defensa de las personas extranjeras sujetas a retención. A tal efecto, se acompaña la sugerencia de redacción:

“El Estado parte debe garantizar que la decisión sobre la detención migratoria se adopte mediante un procedimiento judicial contradictorio, que respete las garantías del debido proceso incluyendo la tutela judicial efectiva, el derecho a ser oído, el derecho de defensa y la asistencia letrada.”