

En base a lo dispuesto por los arts. 16, 18, 75 inc. 22 y 120 de la CN, art. 8 de la UDH, arts. 2 y 18 de la DADBH, arts. 1, 2, 25 y 26 de la CADH, art. 2.3 del PIDCP y las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad; en mi carácter de Defensor Público, en virtud de las facultades y misiones contenidas en los artículos 1 y 42 de la Ley 27.149 y por Res. DGN nro. 634/2017, ante la problemática planteada deviene oportuno impugnar el acto administrativo que dispone la expulsión del Sr. Joaquín Llerena (art. 23 Ley 19.549 y arts. 74 y 82 ley 25.871) y, oportunamente, plantear recurso de reposición con apelación en subsidio (art. 242 del CPCCN) ante la disposición del Juzgado nro. 1 en lo Cont. Ad. y Fed. que, por pedido de la DNM, ordena la retención del Sr. Joaquín Llerena.

En adición a ello, deviene necesario mencionar la Res. DGN nro. 1858/08 por medio de la cual se creó, en el ámbito de la DGN, la Comisión del Migrante con la finalidad de atender las problemáticas de esta población; principalmente, aquellas relacionadas con el trámite de expulsión de las personas condenadas, el acceso a un intérprete o traductor y brindar asesoramiento en la materia para prevenir situaciones de conflicto con la ley, todo con fundamento en los principios del derecho internacional de los derechos humanos, que ha **reconocido el derecho de los migrantes a la más amplia protección en pos de evitar todo tipo de marginación, discriminación y vulneración.**

Previo a continuar, resulta interesante destacar que en “Ojeda Hernández” (CSJN, 10/7/14) se determinó el alcance del recurso directo contemplado en el art. 84 de la Ley 25.871, en cuanto a la apelabilidad de las sentencias definitivas por los jueces de primera instancia que controla los actos de la administración pública; así se fijó un estándar que asegura la **revisión judicial amplia** de casos que involucran, como en el aquí tratado, el derecho a la reunificación familiar (art. 17 PIDCP, 17.1 CADH y art. 29 in fine de la ley 25.871). Además, vale mencionar que el decreto reglamentario 616/10 de la mentada normativa consagró en su art. 86 el **derecho de asistencia jurídica gratuita** para personas que carezcan de medios económicos, colocando dicha tarea en cabeza del Ministerio Público de la Defensa.

En consonancia, la CSJN tiene dicho que en materia de extranjeros, por amplias que sean las facultades de la administración su ejercicio no puede ser absoluto ni discrecional. “Si ello ocurre, es misión de los jueces acordar a esos derechos la correspondiente tutela” (Z., Pelli, c/ DNM s/ amparo ley 16.986). A su vez, otros tribunales han establecido que “la normativa vigente en la materia que nos ocupa habilita de manera expresa, en el art. 69 septies Ley 25.871, al magistrado interviniente a revisar una resolución de carácter administrativa que pueda cercenar o vulnerar derechos y garantías de una persona.” (Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, Sala I, “Fall”, causa nro. 558/2011, 4/04/2019).

También, hay que resaltar lo dispuesto en el art. 82 Ley 25.871 en cuanto a que la **interposición de recursos suspenderá la medida** dictada hasta tanto quede firme (“Peralta Valiente” CSJN); de manera que, para solicitar a la autoridad judicial competente que ordene la retención de un extranjero, tal lo sucedido con el Sr. Llerena, se exige que la orden de expulsión dictada por el órgano administrativo se encuentre firme y consentida (art. 70), es

decir, que se encuentren resueltos todos los planteos y recursos, tanto administrativos como judiciales, que se hubiesen interpuesto, situación no respetada en el presente caso.

Conjuntamente con los cuestionamientos hasta aquí esgrimidos, no escapa de esta defensa que la situación del Sr. Llerena se ha visto profundamente empeorada a partir de la sanción del decreto de necesidad y urgencia nro. 70/2017, modificatorio de la Ley de Migraciones, el cual crea un **procedimiento migratorio especial sumarísimo**; entre sus puntos más destacados, esta normativa elimina los recursos administrativos de reconsideración y alzada, reduce los plazos de interposición del recurso administrativo (tres días) y establece como criterio general la posibilidad de requerir la retención preventiva en cualquier momento del procedimiento administrativo o judicial, sin necesidad de que se encuentre firme y consentida la expulsión. Además, no obstante el cúmulo de garantías vulneradas a partir de esta reforma, resulta necesario mencionar la rotunda contradicción al principio de división de poderes y al principio republicano de gobierno que acarreó dicho postulado, en tanto el Poder Ejecutivo con la presente modificación invadió las atribuciones y competencias del Poder Legislativo, todo ello en detrimento de los Derechos Humanos.

De seguido, bajo el prisma de nuestro sistema constitucional fundado en el infranqueable respeto a los Derechos Humanos, tal como fuera adelantándose en líneas precedentes, la medida cuestionada vulnera el **principio de razonabilidad** en virtud del cual al momento de aplicar sus políticas migratorias los Estados deben llevar a cabo una prueba de equilibrio en la cual se sopesa el interés legítimo del Estado de proteger y promover el bienestar general con respecto a los residentes no ciudadanos, tales como el derecho a la vida privada y familiar. Para ello debe evaluarse una serie no taxativa de circunstancias que tornan la medida razonable o irrazonable, tales como, la edad que tenía el inmigrante no ciudadano cuando emigró al Estado recipiente; el tiempo de residencia; los vínculos familiares; el alcance de las penurias que constituye la (eventual) deportación del no ciudadano para su familia en el Estado recipiente; las contribuciones sociales; el alcance de los vínculos en su país de origen; el periodo transcurrido desde que el no ciudadano cometió la actividad delictual alegada; pruebas de su rehabilitación con respecto al hecho cometido; y los esfuerzos realizados por la persona migrante para obtener la ciudadanía en el Estado receptor; entre otras.

Asimismo, lo resuelto por la DNM perjudica el **principio pro homine** que impone acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones; también, el **principio de proporcionalidad** dispone que la medida a adoptar debe tener su correlato con el fin perseguido.

No obstante ello, el derecho internacional de los derechos humanos protege la vida privada y familiar (**principio de unificación familiar**) y reduce a supuestos de excepción las posibilidades de separación de un niño/a de su núcleo familiar (arts. 11.2 y 17 CADH, arts. V y VI de la Declaración Americana; arts. 17 y 23 del PIDCP; art. 14 y 44 de la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familiares; art. 9, 10 y 16 de la Convención sobre los Derechos del Niño); además, las

medidas que impliquen la separación de padres e hijos deberán ser extremadamente excepcionales y ser sometidas a revisión judicial y justificadas en **resguardo del interés superior del niño**. Igualmente, debe advertirse el fuerte impacto que generó la medida en el seno familiar, no sólo en cuanto a la situación de las hijas menores de edad, con sus vínculos sociales y familiares arraigados en el país, antes bien, a la situación de la Sra. Carina M., su esposa, quien conlleva consigo las secuelas de la migración. (Relator Especial sobre los Derechos de los Migrantes – Los efectos de la migración en las mujeres y las niñas migrantes: una perspectiva de género – A/HRC/41/38, 19/04/2019).

Como corolario de lo ante dicho, puede advertirse que la medida dispuesta sobre el Sr. Llerena, en tanto lo priva ilegítimamente de su libertad (retención) se contrapone de manera directa con el **derecho a su integridad personal** (art. 5, CADH; art. 9 PIDCyP; art. 1 Convención contra la Tortura y otros tratos crueles o penas crueles, inhumanas o degradantes); del mismo modo vulnera el principio **non bis in ídem**, en razón de agravar y/o fundamentar dicha medida restrictiva en la condena recaída y cumplida anteriormente. Ya bien se resalta en “Apaza León” al momento de criticar las disposiciones del art. 29 de la Ley 25.871, “la interpretación del inciso c no puede implicar que la circunstancia de haber sido condenado por cualquier delito –más allá del tipo específico y la duración de la pena prevista– resulte suficiente para que se configure el impedimento de permanencia en el territorio nacional.” (CSJN, Dictamen del Procurador General, Dr. Víctor Abramovich).

En el mismo orden de ideas, la CIDH en “Movilidad humana. Estándares interamericanos” señala “las políticas, leyes y prácticas que implementen en materia migratoria deben respetar y garantizar los derechos humanos de todas las personas migrantes, los cuales son derechos y libertades que se derivan de su dignidad humana y que han sido ampliamente reconocidos por los Estados a partir de las obligaciones internacionales que han contraído en materia de derechos humanos.” Consiguientemente, todo procedimiento judicial o administrativo que pueda afectar los derechos de una persona debe seguirse conforme las **garantías del debido proceso** (art. 8, CADH), de forma que las personas puedan defenderse adecuadamente de cualquier acto emanado del Estado; también, el Comité de Derechos Humanos de la ONU determinó que toda decisión que desemboque en la expulsión o deportación de una persona migrante debe adoptarse con arreglo a lo previsto en el art. 13 del PIDCP.

Ya bien fue destacado por la CorteIDH en sendos pronunciamientos: “Nadege Dorzema y otros v. República Dominicana” (24/12/12), “Familia Pacheco Tineo v. Bolivia” (25/11/13), “Vélez Loor v. Panamá” (23/11/10), entre otros. Puntualmente, en “Baena Ricardo y otros v. Panamá” (2/2/11) se dispuso que “las sanciones administrativas son, como las penales, una expresión del poder punitivo del Estado y que tiene, en ocasiones, naturaleza similar a la de éstas.” Se agregó que las garantías judiciales mencionadas en el art. 8 CADH no se limitan a los recursos judiciales en sentido estricto, sino que conforman un conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier tipo de acto del Estado que pueda afectarlos; es decir, “cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido

proceso legal”. Por último se destacó, “en cualquier materia, inclusive en la laboral y administrativa, la discrecionalidad de la administración tiene límites infranqueables, siendo uno de ellos el respeto de los derechos humanos. Es importante que la actuación de la administración se encuentre regulada, y ésta no puede invocar el orden público para reducir discrecionalmente las garantías de los administrados”.

Para ello, todos los procesos migratorios deben contar con las siguientes garantías procesales mínimas: 1) Derecho a recibir una comunicación previa y detallada del procedimiento para la determinación de su situación jurídica y, en caso de que la persona sea detenida o retenida, a ser informada de las razones de su detención y notificada sin demora de los cargos formulados contra ella. 2) En caso de ser retenida, la persona tiene derecho a ser llevada sin demora ante un juez o funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o ser puesta en libertad. 3) Derecho a ser oído sin demora, a contar en un tiempo razonable y los medios adecuados para la preparación de su defensa y a reunirse libremente y en forma privada con su defensor. 4) Derecho a que los procesos migratorios sean llevados por un adjudicador competente, independiente e imparcial. 5) Derecho a un traductor y/o intérprete libre de cargos. 6) Derecho a representación letrada o legal. 7) Derecho a que la decisión que se adopte sea debidamente motivada. 8) Derecho a ser notificado de la decisión que se adopte en el marco del procedimiento. 9) Derecho a recurrir la decisión ante un juez o tribunal superior con efectos suspensivos. 10) Derecho a la información y acceso efectivo a la asistencia consular.

No resulta ocioso mencionar que en el procedimiento seguido contra el Sr. Llerena nada de lo aquí establecido fue cumplido conforme a derecho, de manera que se han vulnerado las garantías procesales reconocidas en los instrumentos internacionales de derechos humanos, a los cuales nuestro país se ha comprometido frente a la comunidad jurídica y por lo cual recae responsabilidad internacional.

Por lo demás, a todas luces puede apreciarse la dificultad contenida en el caso sometido a estudio para que mi asistido tuviera **acceso a la justicia**: “El acceso a la justicia es el derecho que tiene toda persona, sin discriminación, de acudir al sistema previsto para la resolución del conflictos y de restitución de sus derechos. (...) La asistencia consular también es esencial para hacer efectivo el acceso a la justicia de las personas migrantes. Ella resulta especialmente acuciante cuando se trata de personas privadas de libertad, indistintamente de que lo sean en virtud de motivos penales o migratorios (...) El acceso a una revisión judicial de la detención de migrantes y solicitantes de asilo también se ve impedida por la eliminación de garantías procesales como la revisión judicial de oficio de las órdenes de detención y las escasas posibilidades de recurrir de manera exitosa contra las mismas mientras la persona afectada se encuentra en un centro de detención previo a la devolución (Relator especial sobre Derechos Humanos de los Migrantes – Acceso a la Justicia de las Personas Migrantes – A/73/178/REV.1 25/9/2018).