



Ministerio Público
Procuración General de la Nación

S u p r e m a C o r t e :

-I-

A fs. 990/1014 vta., la Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal revocó -por mayoría- la decisión de la instancia anterior y, en consecuencia, hizo lugar a la demanda de amparo colectivo interpuesta 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 el fin de que se declarase la nulidad absoluta e insanable del decreto 70/17, modificatorio de la Ley de Migraciones 25.871.

El juez Treacy -cuya opinión resultó ser el voto de mayoría- descartó ante todo la legitimación activa, tanto respecto de la Defensoría del Pueblo de la Provincia de Buenos Aires como de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, por carecer ambas de facultades para intervenir en este proceso tramitado ante tribunales federales, en apoyo de lo cual invocó doctrina de V.E.

En lo que aquí interesa, recordó lo expresado por la Corte en Fallos: 338:1048 al sostener que los tribunales deben evaluar los presupuestos fácticos que justifican el dictado de un decreto en los términos del art. 99, inc. 3°, de la Constitución Nacional, en cuanto a las situaciones que deben concurrir para habilitar el dictado de disposiciones legislativas por el Poder Ejecutivo Nacional.

A fin de establecer si se configura tal presupuesto fáctico, la cámara rememoró el criterio sentado por el Tribunal en la causa "Verrocchi" (Fallos: 322:1726), al disponer 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 pueden reunirse por circunstancias de fuerza mayor que lo impidan, o bien 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.

Luego de advertir que correspondía examinar la motivación del decreto 70/17 a la luz de tales premisas, expresó que "sólo algunos escasos considerandos podrían tener pertinencia en orden a justificar la urgencia impostergable para su dictado" (v.g. cons. 13 a 17), argumentos con base en los cuales el Poder Ejecutivo estimó que se configuraba una "situación crítica que amerita la adopción de medidas urgentes". Ello no obstante, concluyó que tales afirmaciones no se sustentaban en datos fácticos debidamente acreditados en el texto del decreto, ni en las presentaciones efectuadas en autos por la Dirección Nacional de Migraciones (DNM), a la vez que destacó que, dada la excepcionalidad de las condiciones que justifican el dictado de este tipo de normas, la validez de tales constataciones no podía presumirse, "máxime cuando -como se verá- establecen condiciones regresivas en materia de protección de los derechos humanos".

A su criterio, algunas de las argumentaciones (cons. 13 y 14) se orientan, antes bien, a justificar la conveniencia de



Ministerio Público
Procuración General de la Nación

una reforma legal, sin quedar claro que el diagnóstico sea atribuible a defectos de la regulación existente o de la aplicación que de ella realiza la autoridad migratoria; otros fundamentos del decreto, en cambio, "presentan en forma sesgada las estadísticas disponibles de un modo que conduce a conclusiones inexactas". A propósito de esto último, la cámara se refirió a los datos oficiales consignados en informes de la Procuración Penitenciaria de la Nación (PPN) en los que se señala que la población extranjera alojada en cárceles del Servicio Penitenciario Federal (SPF) había disminuido en 2016, contrariamente a lo expresado en el considerando 15 del decreto impugnado.

Aludió luego al informe anual 2016 del Sistema Nacional de Estadísticas sobre Ejecución de la Pena 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, en el que se advierte que el porcentaje de población extranjera en todo el sistema carcelario argentino era entonces del 6%; porcentaje que se mantuvo constante, aun en comparación con las estadísticas del período 2012 y subsiguientes.

A continuación, afirmó que "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 (contenida en el decreto) 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 [...], 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”.

Sostuvo luego que el decreto impugnado adolece de un vicio en su finalidad dada la vinculación planteada entre la condición de extranjero y la criminalidad y, en particular, con la narcocriminalidad. Sin embargo -continuó-, el decreto regula un procedimiento especial que va más allá del tipo de delitos que se pretende combatir, al aplicarse -sin importar el delito cometido- a todas las personas migrantes, colectivo que, además, definió como grupo vulnerable.

Respecto del contenido de la norma cuestionada, afirmó que “aun cuando se sostenga que el decreto impugnado no regula ‘materia penal’ en los términos del artículo 99.3 CN [...], 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”, en apoyo de lo cual invocó lo expresado en diversos instrumentos internacionales de derechos humanos y precedentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).

Consideró que la invocación de la ley 26.122 poco agregaba a la validez del decreto, al referirse ella al cumplimiento de un recaudo formal, como es la revisión por parte del Congreso de los decretos de necesidad y urgencia de acuerdo



Ministerio Público
Procuración General de la Nación

a lo previsto en el art. 99, inc. 3°, de la Constitución Nacional. En tal sentido, señaló que “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 constitucional”. Recordó que, según lo dispuesto en el art. 22 de la ley 26.122, el rechazo o la aprobación del decreto debe ser expreso de conformidad con lo dispuesto en el art. 82 del texto constitucional, referencia que califica de relevante, “ya que excluye en todos los casos la sanción ficta de las cámaras del Congreso”, a la vez que advirtió que en el caso del decreto en crisis no ha existido una manifestación expresa por parte de ambas cámaras, tal como exige la norma citada.

Puntualizó, asimismo, que no obstante lo previsto en el art. 24 de la citada ley respecto de la subsistencia del decreto como norma vigente, la omisión del deber constitucional de expedirse por parte del Congreso no impedía el control judicial de los presupuestos del decreto, toda vez que la voluntad de las cámaras no puede presumirse y que, aun cuando tal revisión por parte del Congreso hubiera existido, ello tampoco resulta un óbice para el control judicial, de conformidad con la doctrina de la Corte invocada; concluyó, antes bien, en que en casos como

el presente el control judicial de los presupuestos fácticos cobra mayor relevancia.

Recordó luego que, dentro de la organización constitucional argentina, quien adopta las decisiones generales sobre política migratoria es el Congreso de la Nación (arts. 25, 20 y ccs. de la Constitución Nacional y normas internacionales de derechos humanos) y no el Poder Ejecutivo -quien tan sólo es el encargado de ejecutar tal política-, a menos que se presente alguna situación excepcional que justifique el dictado de un decreto de necesidad y urgencia, supuesto que, en su opinión, no se ha podido verificar en el caso.

Sostuvo, asimismo, que los argumentos del decreto basados en la soberanía estatal debían ser ponderados a la luz de la vigencia de los derechos humanos sin discriminación por nacionalidad, a propósito de lo cual recordó que la Corte 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 tales como los extranjeros (v. Fallos: 327:5118; 329:2986; 337:611); en igual sentido, invocó también precedentes de la Corte IDH (v. gr., "Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile", sentencia del 24 de febrero de 2012).

En cuanto al fondo de la cuestión, la cámara afirmó que el decreto establece una serie de restricciones al derecho al debido proceso que no se compadecen con los fines que declara perseguir la norma. Concluye en que "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



Ministerio Público
Procuración General de la Nación

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 de sus circunstancias personales, tenga o no antecedentes penales”.

A continuación señaló que en el decreto se establecen plazos “fugaces” (tres días) para impugnar las decisiones de expulsión en sede judicial o administrativa y que “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”.

Calificó la retención preventiva del migrante como un “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)”. Sostuvo, al respecto, 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”.

Finalmente, manifestó que el decreto restringe explícitamente la posibilidad de un control judicial suficiente sobre los actos de la autoridad administrativa y pretende convertir a la DNM en el intérprete final de la causal de

dispensa de la expulsión por motivos de reunificación familiar, desconociendo las facultades judiciales en materia de revisión de actos administrativos y el deber del Estado de proporcionar una tutela judicial y administrativa efectiva.

El juez Gallegos Fedriani adhirió al voto del juez Treacy, no obstante lo cual manifestó que el procedimiento administrativo sancionador debía entenderse a la luz de los principios y garantías del proceso penal, por lo que concluyó que la materia regulada por el decreto estaba vedada por el art. 99, inc. 3°, de la Constitución para su regulación por el Poder Ejecutivo.

-II-

Contra dicha sentencia, la DNM interpuso el recurso extraordinario de fs. 1018/1029 vta., que fue concedido a fs. 1065/1065 vta., en razón del carácter federal de las normas en juego.

En lo principal, la recurrente se agravia por la -a su entender- "evidente" falta de "'caso judicial' que habilite la intervención de la Justicia", al estar el Poder Legislativo ejerciendo sus atribuciones constitucionales respecto del decreto impugnado y sostener que "el procedimiento que instaura la Constitución para el dictado de los decretos de necesidad y urgencia crea una nueva determinación espacio-temporal ante circunstancias excepcionales, que tiene como protagonistas exclusivos y excluyentes a los dos poderes políticos del Estado". Afirma en tal sentido que la intervención del Poder Judicial en esta instancia, mientras el Congreso está ejerciendo



Ministerio Público
Procuración General de la Nación

el control posterior del decreto 70/2017, "además de inoportuna, es ilegítima y contraria al principio de división de poderes".

Califica de arbitraria la decisión adoptada por la cámara, al considerar que la valoración de las circunstancias de "necesidad y urgencia" corresponde exclusivamente al poder administrador y que el Congreso es, por su parte, el que debe ejercer su control posterior, no el órgano judicial y, asimismo, al dar por configuradas en el caso las circunstancias exigidas para habilitar el dictado del decreto impugnado, a cuyo fin transcribe lo expresado en diversos considerandos en los que se hace referencia a "las severas dificultades para concretar las órdenes de expulsión dictadas", "las graves consecuencias que provocan 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 "la aparición de nuevas modalidades de fraude a la ley migratoria y 'la necesidad de llevar adelante nuevas estrategias contra el delito y la violencia'" (cons. 2º, 4º y 34, respectivamente).

Afirma luego que es la "necesidad y urgencia" y no la "emergencia" el parámetro exigido por la Ley Fundamental para permitir que el Poder Ejecutivo ejerza su facultad constitucional de dictar esta clase de normas.

En cuanto al mecanismo establecido en la ley 26.122, manifiesta que el decreto 70/17 aún está a estudio del Congreso

y que "no tiene plazo previsto en la Constitución Nacional ni en la ley [...] para expedirse, conservando eficacia desde su entrada en vigencia [...] y hasta tanto no sea rechazado expresamente por ambas Cámaras (conf. art. 24 de la ley 26.122)", para luego sostener que "considerar que existe 'deber constitucional [del Congreso] de expedirse' y que 'no puede presumirse la voluntad de las cámaras', es pretender que la Constitución Nacional y la Ley 26.122 digan lo que no dicen".

Se agravia luego por la -a su entender- "errónea interpretación de los estándares constitucionales y convencionales de los derechos humanos", por cuanto sostiene que, contrariamente a lo resuelto por la mayoría de la Cámara, el decreto impugnado cumple con dichos estándares, verbigracia, al 1) reglamentar de forma razonable los procedimientos administrativos que pueden implicar la expulsión de migrantes; 2) prever un sistema de notificación al interesado que garantiza el efectivo ejercicio de la tutela administrativa y judicial del migrante e, incluso, mejora su situación en comparación al régimen anterior; 3) establecer plazos que se condicen con los utilizados en la normativa internacional comparada y que califica de razonable y respetuoso del debido proceso, además de recordar que el decreto prevé su suspensión ante determinados supuestos; 4) determinar que son los tribunales los competentes para ordenar la retención de los extranjeros y, en su caso, levantar la orden cuando lo estimen oportuno; 5) establecer plazos breves para que los funcionarios de la DNM y de los tribunales resuelvan los procedimientos y procesos vinculados a la normativa migratoria; 6) disponer como derecho del migrante la asistencia jurídica y de intérprete de forma gratuita; 7)



Ministerio Público
Procuración General de la Nación

establecer que los recursos tienen efectos suspensivos, y 8) realizar distinciones objetivas entre los migrantes que cumplen con el ordenamiento jurídico vigente, aquellos que violan el orden público migratorio por una falta administrativa y los que violan el orden público migratorio por un delito penal.

Concluye, por último, en que el decreto 70/17 cumple con todos los requisitos constitucionales para su dictado, al considerar que: no incursiona en materias vedadas, se verifica el presupuesto de necesidad y urgencia que habilita su dictado - extremo que, según afirma, corresponde al Poder Legislativo controlar-, fue emitido en acuerdo general de ministros y refrendado de conformidad con lo dispuesto en la normativa aplicable, remitido a la Comisión Bicameral Permanente de Trámite Legislativo, tratado en las sesiones del 16 y 22 de febrero de 2017, y estar desde entonces a estudio del Congreso Nacional. En razón de todo ello es que afirma, finalmente, que "la declaración de invalidez del decreto impugnado, en clara contravención del texto constitucional y de la ley 26.122, pone de manifiesto la cuestión federal y la gravedad institucional que imponen la procedencia del recurso extraordinario federal y la revocación del fallo inferior".

-III-

A mi modo de ver, la apelación deducida no rebate todos y cada uno de los fundamentos de la sentencia, en los términos de la jurisprudencia del Alto Tribunal, que señala que el

escrito de interposición del recurso debe contener un prolijo relato de los hechos de la causa de relevancia principal que permita vincularlos con las cuestiones que se plantean como de naturaleza federal por medio de una crítica concreta y razonada de los argumentos en que se basa la sentencia que se impugna, pues se exige rebatir todos y cada uno de los fundamentos en que el juzgador se apoyó para arribar a las conclusiones de que el apelante se agravia (conf. Fallos: 323:1261; 330:16, entre muchos otros).

En efecto, el recurrente se limita a reiterar lo expresado en las anteriores instancias respecto de la plena vigencia del decreto 70/17 hasta su rechazo expreso por el Congreso y de la -a su entender- ausencia de "caso, causa o controversia" que habilite la intervención del Poder Judicial al estar aquél ejerciendo sus atribuciones constitucionales de control, al igual que la alegada verificación en el caso de las circunstancias exigidas para el dictado de los decretos de necesidad y urgencia, a cuyo fin reproduce, una vez más, lo expresado en los considerandos de la citada norma, al invocar las "severas dificultades para concretar órdenes de expulsión dictadas contra personas de nacionalidad extranjera", "las graves consecuencias provocadas por los delitos de tráfico de armas, de personas, de órganos y tejidos y de estupefacientes", entre otros delitos, y la "aparición de nuevas modalidades de fraude a la ley migratoria". Ello, a la vez que afirma de manera genérica que el parámetro de la Ley Fundamental para permitir que el Poder Ejecutivo ejerza su facultad constitucional de dictar esta clase de normas, es la "necesidad" y no la "emergencia".



Ministerio Público
Procuración General de la Nación

Desatiende, así, los fundamentos de la sentencia recurrida sustentados en la doctrina de Fallos: 338:1048 (y su cita de Fallos: 333:633), precedentes en los que V.E. se refirió al deber de los tribunales de evaluar los presupuestos fácticos en los que se justifica el dictado de un decreto en los términos del art. 99, inc. 3°, de la Constitución Nacional, esto es, si las circunstancias invocadas son excepcionales o si aparecen como manifiestamente inexistentes o irrazonables.

A propósito de esto último, la recurrente tampoco hace referencia concreta a la existencia en el caso de alguna de las dos circunstancias que deben verificarse a fin de dar por configurado el presupuesto fáctico de excepcionalidad, de acuerdo con lo dispuesto por la Corte en el caso "Verrocchi" (Fallos: 322:1726) invocado por la cámara, esto es, la imposibilidad de dictar la ley mediante el trámite ordinario previsto por la Constitución al no poderse reunir las cámaras del Congreso por circunstancias de fuerza mayor que lo impidan, o que la situación que requiere solución legislativa sea de una urgencia tal que deba ser resuelta inmediatamente, en un plazo incompatible con el que demanda el trámite normal de las leyes.

Omite, asimismo, dar respuesta al argumento de la decisión impugnada referido a los considerandos del decreto que dan por configurada una "situación crítica que amerita la adopción de medidas urgentes", respecto de los cuales se concluyó que se sustentaban en datos fácticos que no aparecían debidamente acreditados ni en el texto del decreto en crisis ni

en las presentaciones efectuadas por la DNM en el proceso; la apelante desatiende, así, lo expresado por el tribunal apelado, tanto respecto de las argumentaciones que "se orientan más a justificar la conveniencia de una reforma (cons. 13 y 14), como de aquellas que "presentan en forma sesgada las estadísticas disponibles de un modo que llevan a conclusiones inexactas" (cons. 15).

Cabe advertir, finalmente, que la recurrente tampoco rebate el razonamiento planteado respecto de la ley 26.122 y su impacto en la validez del decreto cuestionado, mediante el cual la cámara expuso que, no obstante la subsistencia de éste como norma vigente de conformidad con el art. 24 de la citada ley, la omisión del deber constitucional de expedirse por parte del Congreso no impide el control judicial de los presupuestos del decreto de necesidad y urgencia y que dicha facultad de control subsiste aún cuando tal revisión por parte del Congreso hubiera existido y cobra mayor relevancia en casos como el presente, al tratarse de un decreto que invoca razones de necesidad y urgencia respecto del cual el Congreso no se ha pronunciado todavía.

Así las cosas, entiendo que los agravios contenidos en el escrito recursivo no constituyen sino una mera repetición de afirmaciones que no logran desvirtuar los argumentos esgrimidos por la cámara para resolver del modo en que lo hizo.

Habida cuenta de lo hasta aquí expresado respecto de la falta de fundamentación del recurso extraordinario federal en lo relativo a la constitucionalidad del dictado del decreto 70/17 a la luz de lo dispuesto en el art. 99, inc. 3°, de la Ley



Ministerio Público
Procuración General de la Nación

Fundamental, considero innecesario expedirme acerca de los argumentos vinculados con el contenido del decreto en cuestión.

-IV-

Opino, por tanto, que el recurso extraordinario interpuesto resulta inadmisibile.

Buenos Aires, de noviembre de 2020.

MONTI
Laura
Mercedes

Firmado digitalmente por
MONTI Laura
Mercedes
Fecha: 2020.11.13
17:33:39 -03'00'