



Comisión: Derecho Administrativo.

Tema principal: Medida de Retención de Extranjeros en el marco del procedimiento de expulsión.

Subtemas: facultades de la Dirección Nacional de Migraciones, derechos y facultades de la persona retenida, causales de expulsión, migración.

Autor: Meschini, Federico Martin.

Inscripción Profesional: T° LXVI F° 60 C.A.L.P

Domicilio: 48 Nro 835 La Plata.

Teléfono: 221-5616046.

Correo Electrónico: fedemmeschini@gmail.com

Retención de Extranjeros: Análisis de la figura en marco legal actual con especial hincapié en el cumplimiento del tiempo de su duración establecido en la ley.

ABSTRACT

El presente tratará sobre la figura de la medida de retención de extranjeros establecida por la ley Nro 25.871 en el marco del procedimiento de expulsión de extranjeros. Se hará hincapié en el funcionamiento de la medida en la práctica tal como está regulada hoy día en la normativa tanto en sus aspectos sustanciales y procesales, destacando el factor temporal de duración de la misma establecido en la ley respecto a su cumplimiento en la práctica.

Desde ya adelanto que este es un trabajo con propuestas en forma de interrogantes más que de afirmaciones solucionadoras. No cuento con informes o relevamientos emanados de la Dirección Nacional de Migraciones (DNM) por los que se pueda saber con mayor certeza cual es el porcentaje de extranjeros retenidos y más aún con plazo de retención excedido atento es una situación muy particular e invisibilizada en la que los datos no abundan. Me baso únicamente en mi humilde experiencia- hasta el momento- como profesional del derecho y en la regulación legal actual.

Introducción:

En este trabajo se analizará la figura de la retención de extranjeros establecida en la ley de migraciones argentina Nro 25.871 y su decreto reglamentario 616/2010, y reflexionará sobre el cumplimiento en la práctica respecto del plazo de su duración establecido en dicha ley. La importancia de que se cumpla el mismo hace que el proceso de expulsión sea justo para la persona, y el Estado pueda eficazmente lograr su cometido, por supuesto sin caer en la ingenuidad de creer que porque se estipule y fije un tiempo para esta medida el Estado lo podrá cumplir, porque bien sabemos que en estas cuestiones más allá de lo que se establezca desde lo jurídico, es de vital importancia los recursos presupuestarios y humanos que se destinen para lograr un buen funcionamiento y coordinación logística por parte de los organismos, agentes y funcionarios intervinientes.

La idea es pensar, reflexionar e interrogarnos sobre aquello que puede hacerse desde lo jurídico a los fines de que la medida se cumpla en el tiempo legal a los fines de minimizar que se dé la situación de que una persona pueda estar privada de su libertad mas allá de lo estipulado legalmente.

Desarrollo:

Mi interés por esta cuestión surge a partir de mi incipiente ejercicio profesional como abogado. Sin pensarlo, la vida profesional me llevó a dedicarme al Derecho Migratorio Argentino, especialmente dirigido a personas de nacionalidad china.

Por su particular situación, los ciudadanos chinos suelen tener problemas de regularización migratoria atento en su gran mayoría ingresan de manera irregular al país. A partir de esa irregularidad, si no logran sortearla, son pasibles de la medida de expulsión dictada por la Dirección Nacional de Migraciones (en adelante DNM), y con ello la alta posibilidad de llegar a ser retenidos con el fin de que dicha expulsión se pueda llevar a cabo.

Así es como me han llegado algunos casos (no muchos) con clientes de nacionalidad china retenidos. En estos casos me encontré con algunas coincidencias que me llamaron la atención y por tanto mi interés en la regulación de esta figura y el cumplimiento del tiempo de la misma establecido en la ley.

Estas coincidencias tienen que ver con: a- en la orden judicial de retención el juez no ha fijado el plazo de duración; b – al momento de mi visita al cliente en la alcaidía donde se encontraba alojado ya llevaba mas tiempo que el plazo establecido en la ley; c – las respuestas de los agentes de la fuerza de seguridad respecto al tiempo eran tales como “no se sabe”; “hasta que se consiga el primer avión”.

Estas cuestiones llamaron mi atención, motivo por el cual comencé a estudiar la regulación de esta figura. Como dije no cuento con informes o relevamientos emanados de la DNM por los que se pueda saber con mayor certeza cual es el porcentaje de extranjeros retenidos y más aún con plazo de retención excedido atento es una situación muy particular e invisibilizada en la que los datos no abundan. Me baso únicamente en mi humilde experiencia hasta el momento y en la regulación legal actual.

La ley 25.871 más conocida como “Ley de Migraciones” contempla a partir de su artículo 70 la figura de la medida de retención. La establece dentro del capítulo II del título V dedicado a tratar la legalidad e ilegalidad de la permanencia en el territorio nacional bajo el título de “medidas cautelares”. Esto ya nos da una pauta de que la retención de extranjeros es para la ley una medida cautelar establecida a favor de la autoridad administrativa de aplicación en la materia, esto es la DNM.

Es una medida cautelar que tiene como fin materializar en la práctica el cumplimiento de un acto administrativo: la expulsión del país de un extranjero.

Una vez que adquiere firmeza la disposición de expulsión, la DNM se encuentra en condiciones de solicitar al Juez en lo Contencioso Administrativo Federal que dicte orden de retención del extranjero en cuestión con la finalidad de poder llevar a cabo aquella. Es decir, es de carácter judicial y una vez que la DNM logra retener al extranjero, debe hacérselo saber de inmediato al Juzgado interviniente que dictó la medida.

Lo cierto es que más allá de las cuestiones técnico jurídicas (que son útiles para nosotros los operadores del derecho) la medida de retención en la vida real de la persona no es más que una privación de la libertad, que se da en el fuero contencioso administrativo federal a los fines de dar cumplimiento con un acto administrativo, y que en la generalidad de las veces se cumple en las dependencias de la fuerza de seguridad que procedió a retener al extranjero, ya sea comisarías, alcaidías, dependencias de Gendarmería Nacional, etc. Si bien la ley de migraciones habla de “Policía Migratoria”, esta no existe como tal, sino que la DNM se sirve auxiliariamente de las fuerzas de seguridad tradicionales como Policía o Gendarmería.

Ahora cabe adentrarnos al interrogante de ¿Cuál es el tiempo de duración de la medida de retención?. Veamos que nos dice la ley respecto al factor temporal.

Primeramente, encontramos la primera parte del último párrafo del artículo 70 de la ley Nro 25.871 que dice *“En todos los casos el tiempo de retención no podrá exceder el estrictamente indispensable para hacer efectiva la expulsión del extranjero.”*. A continuación, el decreto 616/2010 reglamentario de la ley establece que: ***“La retención podrá solicitarse por un plazo de hasta QUINCE (15) días corridos.”*** Es decir, el tiempo de duración de la retención es de 15 días corridos conforme la reglamentación del artículo 70 de la ley que hace el decreto 616/2010.

Seguidamente el decreto aclara que: *“cuando el cumplimiento de la orden de expulsión se demore por circunstancias ajenas a la autoridad migratoria y en virtud de las particulares condiciones del caso no resulte posible disponer la libertad provisoria del extranjero, podrá requerirse a la autoridad judicial que prolongue la retención por un plazo adicional máximo de hasta TREINTA (30) días corridos.”*

Por lo tanto, como máximo el tiempo de la retención incluyendo su eventual prórroga sería de 45 días corridos,

Asimismo el artículo 71 de la ley en su primera parte dice que: *“Hecha efectiva la retención de un extranjero, la autoridad de aplicación, podrá disponer su libertad provisoria bajo caución real o juratoria que fijen en cada caso, cuando no pueda realizarse la expulsión en un plazo prudencial o medien causas que lo justifiquen”*.

Es decir, acá la ley establece la posibilidad de que a modo facultativo la DNM disponga su libertad provisoria cuando no pueda realizarse la expulsión en un plazo prudencial o medien causas que lo justifiquen.

¿Cuáles son esas causas que justifican la libertad provisoria? Volviendo al artículo 70 de la ley de migraciones, encontramos una facultad dentro del proceso establecida a instancia del extranjero retenido en base al principio de reunificación familiar que ya desde su artículo 29 in fine este principio permite la aplicación por parte de la DNM de la dispensa excepcional, dando lugar a un proceso específico de regularización migratoria, llamado procedimiento de dispensa excepcional por reunificación familiar.

Esta facultad permite al extranjero retenido alegar ser padre, hijo o cónyuge de argentino nativo, siempre que el matrimonio se hubiese celebrado con anterioridad al hecho que motivara la resolución.

En este caso la Dirección Nacional de Migraciones **deberá** suspender la expulsión y constatar la existencia del vínculo alegado en un plazo de cuarenta y ocho (48) horas hábiles. Acreditado que fuera el vínculo, el extranjero recuperará en forma inmediata su libertad y se habilitará respecto del mismo, un procedimiento sumario de regularización migratoria.

Surgen algunos interrogantes: ¿ante quien debe alegar dicho vínculo? ¿Qué sucede en el caso de los retenidos que no tengan vínculo alguno para alegar y quieran que se verifique el tiempo que llevan retenidos? ¿Qué vías le quedan? La ley no lo dice, pero nada le impide al extranjero retenido dirigirse ante el juez que dictó la orden y además en sede administrativa dentro de su expediente migratorio ante la DNM.

En algunos casos jurisprudenciales se ha entablado acción de habeas corpus.¹

Esta libertad establecida en la ley, ya sea por la causal de reunificación familiar o porque no pueda realizarse la expulsión en un plazo prudencial, es una libertad provisoria que se dispone mediante un acto administrativo fundado, estableciendo caución real o juratoria y pautas de conducta como la de comparecer cada 30 días ante la Delegación de la DNM correspondiente, fijar domicilio, presentar antecedentes penales de argentina y de su país de origen, etc, todo ello hasta tanto se resuelva su situación migratoria.

Haciendo un resumen de todo el proceso de expulsión y retención en la situación normativa actual, podemos establecer los siguientes pasos y requisitos:

- Acto de expulsión firme.
- La DNM debe solicitar la orden de retención al Juez en lo Contencioso Administrativo Federal, mediante un escrito con formato de demanda donde debe

acreditar la expulsión firme, con esto se inicia un expediente judicial con su respectivo número.

- Ante la solicitud, y acreditado el único requisito, el juez dicta la orden en primera resolución. En la que debería fijar el tiempo de la medida (entre 1 a 15 días corridos), o citar el artículo del decreto reglamentario que habla de los 15 días corridos.
- Con auxilio de las fuerzas de seguridad se aprehende al extranjero y se lo aloja en alguna dependencia.
- Se entiende que a partir de este momento la DNM a través del sector correspondiente debe proceder a realizar gestiones logísticas con el fin de poder concretar el egreso del extranjero. Por ejemplo solicitar a las compañías aéreas, terrestres, marítimas o fluviales, la carga pública a fin de obtener las plazas correspondientes para expulsar al migrante en el menor plazo de tiempo posible.
- Si concurre una causa de reunificación familiar de las establecidas en el artículo 70 de la ley, el extranjero podrá alegarla y en base a ella se dispondrá su libertad provisoria hasta tanto se resuelva su situación migratoria.
- Si el cumplimiento de la orden de expulsión se demora por circunstancias ajenas a la DNM y en virtud de las particulares condiciones del caso no resulte posible disponer la libertad provisoria del extranjero, el organismo podrá solicitar al juez la prórroga de la medida hasta 30 días corridos más.
- A modo facultativo la DNM puede disponer la libertad provisoria bajo caución real o juratoria, cuando no pueda realizarse la expulsión en un plazo prudencial.

Como puede observarse, es un procedimiento en el cual quien detenta su impulso y a sola voluntad es la Administración. Solo la DNM podrá disponer la libertad provisoria, solo de ella depende el coordinar la logística para llevar a cabo el egreso del migrante, ella puede pedir la prórroga de la retención, etc.

Mientras tanto, el extranjero continúa privado de su libertad con acotado margen de actuación. Si no tiene un criterio de reunificación familiar para alegar, quizás la única vía posible que le queda sería el de iniciar un habeas corpus.

Respecto a los casos de retención que me han llegado, los extranjeros tenían criterio de reunificación familiar para alegar. Por lo tanto, realicé la presentación ante el mismo juez en lo contencioso administrativo federal que dictó la orden, este le corrió traslado a la DNM para que sea esta quien decida que hacer. Al contestar, la DNM dispuso la libertad provisoria bajo caución real fijando pautas de conducta como la de fijar domicilio, presentarse ante el organismo cada 30 días, presentar regularmente antecedentes penales, etc.

Conclusión:

Propongo que se solicite desde canales institucionales un informe a la DNM para saber el porcentaje de extranjeros con expulsión firme y retenidos con tiempo excedido.

Asimismo, invito a replantearnos si es el fuero contencioso administrativo el indicado para atender en estas cuestiones migratorias donde hay privación de libertad de por medio, o si se debería pensar en un fuero especializado.

Mientras tanto, aunque parezca una obviedad, considero que es importante que el juez al dictar la orden de retención, fije en la misma resolución cual va a ser en ese caso el tiempo de duración de la medida, utilizando la escala de 1 a 15 días corridos, o en su caso, establecer que lo será por como indica la ley por 15 días corridos.

Además, si las causas en la demora de la expulsión son imputables a la DNM y que por tal motivo se excede el plazo, establecer consecuencias para los empleados o funcionarios a cargo.

Es decir, cumplido el plazo legal incluida su prórroga, se deberá hacer cesar la medida de retención de oficio o a sola instancia del extranjero, y la administración deberá rendir un informe explicando los motivos por los cuales no pudo concretar la expulsión y en cuanto considera que podrá hacerlo, mientras tanto se tomarán medidas alternativas a la retención a la espera de la expulsión.

Bien sabemos que no alcanza con lo jurídico y que la cuestión presupuestaria tiene importante influencia. No obstante ello, desde el lado del derecho no se puede ser indiferente cuando se detecta que ocurren situaciones por más mínimas que sea en porcentaje - en una situación muy particular que afecta a personas pertenecientes además a un grupo vulnerable- , pueda dar lugar a que estas queden por tiempo indeterminado privadas de su libertad que como sabemos, es uno de los bienes más preciados y que asegurar los beneficios de la libertad es uno de los valores y garantías supremas de nuestro estado de derecho y que desde el preámbulo de nuestra Constitución se reconoce a todos los habitantes del mundo que quieran habitar en nuestro suelo

ⁱ Dai, Jianqing y otros s/ Habeas Corpus. Cámara Federal de Apelaciones de Paraná C. Fed. Paraná. Fecha: 11/06/2011).