

*Poder Judicial de la Nación*

///raná, 11 de junio de de 2.011.REGISTRO:2011-TºI-Fº367

**Y VISTOS:**

Estos autos caratulados "**INCIDENTE DE HÁBEAS CORPUS DEDUCIDO POR DAI JIANQING, LIN XUEHUI, XIE CHENGUANG Y ZHUANG BISHENG - RELACIONADO CON LOS AUTOS Nº32/11 CARATULADOS: 'DIRECCIÓN NACIONAL DE MIGRACIONES S/ RETENCIÓN DE PERSONAS DE NACIONALIDAD CHINA'**", Expte. Nº 5-17.559-20.768/2.011; y,

**CONSIDERANDO:**

I- Que, los mismos vienen a consideración del Tribunal en virtud del recurso de apelación interpuesto por la Dirección Nacional de Migraciones, a fs. 148 contra la resolución de fs. 143/146 que, en lo que aquí interesa, hace lugar a la acción de hábeas corpus formulada por los Sres. DAI JIANQING, LIN XUEHUI, XIE CHENGUANG Y ZHUANG BISHENG, disponiendo su inmediata libertad previa caución juratoria y hace saber a la Dirección Nacional de Migraciones que deberá proceder de acuerdo a lo establecido en el art. 20 de la ley 25.871, dotando a los amparistas de las constancias documentales suficientes.-

Que, a fs. 171 de las presentes actuaciones se tiene por fundamentado el recurso interpuesto oportunamente por la apelante, Dirección Nacional de Migraciones -Delegación Entre Ríos- y se dispone aguardar al vencimiento del emplazamiento otorgado en fecha 9 de junio de 2.011 por el Sr. Juez de la instancia a-quo, otorgándose intervención al Sr. Fiscal General de Cámara.-

Que, a fs. 173 obra presentación efectuada por el Sr. Fiscal General de Cámara, pasando al acuerdo las presentes a fs. 174.-

II)- Que, la apelante, Dirección Nacional de Migraciones, luego de negar cada uno de los hechos y el derecho alegados por los ciudadanos chinos en su presentación, advierte que los mismos se encuentran expulsados del territorio nacional conforme facultad que se atribuye en razón de su carácter de autoridad de aplicación de la ley 25.871 y arts. 29 inc. i) y k) y 37. Sostiene que la expulsión de los ciudadanos chinos tuvo como base principal el ingreso clandestino al país, lo que demuestra la mala fe de los mismos.-

Indica que se está a la espera de que las decisiones de expulsión adquieran firmeza para perfeccionar las mismas y que el juez no puede obligar a su parte a otorgar residencia precaria

USO OFICIAL

toda vez que los indicados ciudadanos han sido expulsados y no se encuentran en vías de un trámite de regularización.-

Sostiene que "el ingreso al país de extranjeros en abierta violación a la ley de Migraciones atenta contra la organización jurídica de un Estado" y que "el interés individual se enfrenta al interés de la comunidad, que está expuesta a un riesgo de permitirse la permanencia en el territorio del país a extranjeros ilegales que han violentado abiertamente la reglamentación migratoria" -sic-.

Indica que la retención de los ciudadanos chinos se realizó bajo autorización judicial y que "la espera" a que transcurran los plazos del trámite administrativo en modo alguno puede ser valorada como lo hace el magistrado, en el sentido que no es razonable. Advierte que el plazo de retención está vinculado a "la espera" que demanda la etapa recursiva, a documentar al extranjero, de ser necesario, y a conseguir plaza en línea aérea para la reconducción.-

Afirma que se agravia en tanto el magistrado valoró la existencia de lazos familiares y/o laborales los que "nada tienen que ver con las expulsiones por ingreso irregular al país" -sic-. Solicita que se revoque la decisión del magistrado, se rechace la acción de habeas corpus y se ordene la captura y/o retención de los ciudadanos chinos para su inmediata reconducción al país de origen. Hace reserva federal.-

III- a) Que, según se desprende de las constancias de estos autos, los ciudadanos chinos DAI JIANQUING, LIN WUEHUI, XIE CHENGUANG Y ZHUANG BISHENG, fueron puestos a disposición de la Dirección Nacional de Migraciones a raíz de un operativo de prevención y seguridad llevado a cabo por personal de Gendarmería Nacional, Escuadrón 6, en la intersección de la Ruta Nacional N°14 y la Ruta Prov. 39. Las personas mencionadas circulaban en un colectivo de pasajeros, y al requerírseles documentación personal, se detectó que carecían de aquella que acreditase su ingreso regular al país y su identidad.-

El Sr. Magistrado de la instancia a-quo da cuenta en la resolución apelada, que en el marco del expediente "Dirección Nacional de Migraciones s/retención de personas de nacionalidad china", hizo lugar al pedido de retención de los actores, en los términos del 2º párrafo del art. 70 ley 25.871 y art. 70 inc. a) y b) del Decreto 616/2010), pues advirtió la carencia de arraigo

*Poder Judicial de la Nación*

en el país de aquellos; asimismo, aseguró que esa carencia de arraigo y lazos en la República se desprendía de las declaraciones testimoniales prestadas por las mismas personas en los autos que también tramitan ante su jurisdicción y misma secretaría de derechos humanos, "Sumario Investigar Presunta Infracción a la ley 25.871 y 26.364", exp. 33/11.- Ambos expedientes conexos al presente fueron remitidos junto a las actuaciones principales, tal como se documenta a fs. 167.-

Presentado que fuera el pedido de hábeas corpus que origina el presente incidente, y sustanciado el trámite de ley, el Sr. Magistrado decide otorgar la libertad inmediata a los ciudadanos chinos, que otrora había autorizado retener, y ordenó a la Dirección Nacional de Migraciones que les otorgue la residencia precaria prevista en el art. 20 de la ley 25.871.-

b) Que, ante todo se ha de advertir que los actores, que a su vez son protagonistas de las actuaciones conexas al presente supra referenciadas (Expedientes 32/11 y 33/11 del registro de la Secretaria de DDHH del Juzgado Federal interviniente), tienen entre 19 y 23 años de edad, según los datos con los que se cuenta. Asimismo, y según las constancias habidas, carecen de antecedentes penales y por infracciones migratorias.-

Que, este Tribunal, con diferente integración, tuvo oportunidad de expedirse sobre temas vinculados al presente en L.S.Crim 2004-I-172 y 2004-II-396. En este último precedente, puede leerse la delicada y precisa pluma de quien fuera, hasta finales del año 2010, un distinguido Vocal de esta Excma. Cámara Federal y riguroso estudioso de temas migratorios, a los que encolumnó detrás de un "derecho de la extranjería modulado por el derecho internacional de los DDHH", el ex camarista, Dr. Gabriel B. Chausovsky. En aquél precedente se dijo: "*las facultades de control de la autoridad migratoria (y aquellas fuerzas que actúan como delegadas de la misma), reconocen dos momentos de ejercicio, con diferentes atribuciones en cada caso.*

*La primera, indicada en el art. 35, está vinculada al control en frontera, estableciendo diversos casos y la consecuente actuación de la autoridad de aplicación para cada uno de ellos. Traspasada la frontera e ingresada la persona al país, estas reglas se tornan absolutamente inaplicables. No interesa la mayor o menor eficacia del control efectuado o su elusión, una*

USO OFICIAL

vez en el país ya no puede procederse en base a la norma citada.

La segunda, regulada a partir del art. 61, establece los deberes relativos a la constatación, ya dentro del país, de una situación de supuesta irregularidad migratoria.

Desde ya corresponde señalar que el supuesto en tratamiento encuadra en esta última situación, toda vez que las personas han sido controladas dentro del territorio nacional.

Siendo así, si la autoridad de aplicación interpreta que se encuentra frente a un caso de irregularidad, la norma es clara y precisa: debe, en primer término, conminar a regularizar la situación, otorgando un plazo para ello, apercibiendo a la persona respecto a que si no lo hace, se decretará su expulsión, todo ello mediante la formación del correspondiente expediente administrativo (...). Por lo demás, la expulsión no es ejecutable directamente por la autoridad administrativa (como era en la anterior ley), sino que tiene efecto suspensivo, dado que debe mediar intervención judicial de revisión de la decisión administrativa. En la ley 25.871 los actos administrativos migratorios que involucran a personas, no son ejecutables sin control judicial. Éste comprende, no sólo el acto expulsorio, sino las decisiones administrativas que declaran la irregularidad de la permanencia y demás circunstancias del caso, dado que la expulsión es la consecuencia y efecto de una previa declaración, sea de irregularidad de la permanencia, sea de cancelación de la residencia otorgada.

Además, y de acuerdo a lo establecido en los arts. 83, 86 y 89, el trámite administrativo (y, por supuesto, el judicial que es consecuente), debe resguardar el derecho al debido proceso, derecho de defensa eficaz y control judicial, ya que para lo no contemplado deben aplicarse las normas de la Ley de Procedimientos Administrativos, que, por lo demás, cubre con su contenido todos los aspectos que pudieran estar omitidos en la ley migratoria. (confr. Chausovsky, Gabriel, Apuntes jurídicos sobre la nueva ley de migraciones, en: Migración: un Derecho Humano, Rubén Giustiniani y otros, Ed. Prometeo Libros, octubre de 2004, p.164 y s.s.)".-

De lo expuesto se desprende que la autoridad migratoria no procedió como debía pues al detectar a los cuatro jóvenes de nacionalidad china, en situación de viaje ya dentro República, ha

## *Poder Judicial de la Nación*

debido proceder de conformidad con las reglas previstas en los arts. 61 y siguientes de la ley 25.871, puesto que estas personas, se reitera, ya estaban dentro del territorio del Estado.-

Se equivoca la abogacía estatal migratoria al sostener que *"el interés general de la comunidad está expuesto a un riesgo, de permitirse la permanencia en el territorio del país a extranjeros ilegales que han violentado deliberadamente la reglamentación migratoria"* -sic-.

Sobre el particular, corresponde hacer notar que la ley 25.871 ha introducido un cambio de paradigma en la política migratoria argentina (ver, entre otros: Chausovsky, Gabriel B. op. cit.; Nota verbal de la Misión Permanente de la Argentina ante Naciones Unidas de fecha 31/08/2006 "Un cambio de paradigma: el tratamiento de la cuestión migratoria bajo la perspectiva de los derechos humanos", preparado por el Gobierno argentino como contribución al "Diálogo de Alto Nivel sobre Migración Internacional y Desarrollo", celebrado en septiembre de 2006, disponible en: [www.oimconosur.org](http://www.oimconosur.org) y "Avances y asignaturas pendientes en la consolidación de una política migratoria basada en los derechos humanos", informe del CELS y FIDH, febrero 2.011).-

Este nuevo paradigma, se construye a partir de erigir al "derecho a migrar" como derecho humano -esencial e inalienable de la persona- e impone la consecuente obligación del Estado argentino de garantizarlo sobre la base de los principios de igualdad y universalidad (art. 4 ley 25.871). Como corolario de ello, la ley migratoria tiende a la regularización del migrante y por eso mismo es que la expulsión es una medida extrema y de última *rattio*; en consecuencia, verificada que fuera la situación de irregularidad migratoria de una persona que se encuentra en el territorio de nuestro país, corresponde, ante todo a la autoridad migratoria, intimarla para que regularice su situación, otorgándole para ello un plazo razonable, bajo apercibimiento de que si no lo hace, se decretará su expulsión con efecto suspensivo, debiendo la Dirección Nacional de Migraciones girar las actuaciones al juez con competencia para el control de la orden de expulsión (art. 61 ley 25.871 y decreto 616/2010).-

Asimismo, corresponde advertir que quien se encuentra

en una situación como la de las jóvenes personas de nacionalidad china aquí analizada, sin documentación administrativa idónea que acredite su situación migratoria, no es un extranjero ilegal, sino irregular (al que se le reconocen los mismos derechos que al extranjero regular, salvo la posibilidad de trabajo y alojamiento oneroso, arts. 53 y 55 ley 25.871) y esta distinta manera de calificar situaciones jurídicas no es un mero capricho semántico. La regularidad o irregularidad migratoria tiene que ver con el cumplimiento o incumplimiento del régimen administrativo vigente en la materia (ley 25.871 y decreto reglamentario 616/2010). La legalidad o ilegalidad se refiere a actos (nunca a personas: "ningún ser humano es ilegal") que contravienen disposiciones de naturaleza penal no administrativa.-

Que, corresponde además destacar que los jóvenes actores no contaron con la asistencia legal obligatoria que se impone en todo trámite administrativo migratorio. La ley 25.871 ha sido reglamentada por Decreto 616/2010, en particular en lo que respecta al derecho de defensa de las personas migrantes (art. 86), de modo que desde el momento que los actores fueron retenidos, ha debido darse intervención al Ministerio Público de la Defensa, y sobre todo cuando les fuera notificada la orden de expulsión (véase que no hay constancia de que estuviera presente abogado alguno, cfr. 123, 126, 129 y 131). La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho recientemente que: "(...) *en procedimientos administrativos o judiciales en los cuales se pueda adoptar una decisión que implique deportación, expulsión o privación de la libertad (de migrantes), la prestación de un servicio público gratuito de defensa legal a favor de éstas es necesario para evitar la vulneración de las garantías del debido proceso*" (Caso Velez Loor vs. Panamá, sentencia del 23 de noviembre de 2010, disponible en <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>).-. El Ministerio Público de la Defensa, adecuándose tanto a lo establecido en la ley y su reglamentación cuanto a la jurisprudencia internacional señalada, ha dictado la resolución DGN N°1858/08, que crea dentro de su ámbito, la Comisión del Migrante, con el objeto de elaborar estrategias de actuación de los Defensores Públicos Oficiales del país para proporcionar servicios de información, derivación y asistencia en cuestiones que se diriman ante la Dirección

## *Poder Judicial de la Nación*

Nacional de Migraciones y que involucren a personas extranjeras.-

De acuerdo al sistema que la ley 25.871 y su decreto reglamentario establecen, en el caso y con los elementos que se cuentan en la causa (no se tiene copia del expediente administrativo), la actuación de la administración migratoria no se ajusta al procedimiento reglado estatuido.-

c) Que, cabe también efectuar una reflexión sobre la situación de retención que pesaba sobre los ciudadanos chinos, dispuesta judicialmente con basamento en el 2º párrafo del art. 70 de la ley 25.871 y 70 inc. a) y b) de decreto reglamentario y que motivara el habeas corpus concedido (cfr. fs.133/135).-

En el precedente ya citado (L.S.Crim. 2004-I-172), se dijo:  
"(...)la retención de un extranjero se encuentra regulada a partir del art. 70 de la ley. La regla que emana de las normas es que la retención es un supuesto de excepción y que sólo cabe en caso de decisión de expulsión firme y consentida, y al sólo y único efecto de cumplir con la misma, debiendo mediar decisión judicial al respecto.

Cabe indicar que la retención y detención no son sinónimos, en su esencia, objetivo y forma. Por su naturaleza porque se refiere a una infracción administrativa, mientras que la detención resulta de una causa criminal regida por el derecho penal. El fin es el ya mencionado, exclusivamente para hacer efectiva la expulsión, cuando corresponda, siempre con control judicial. Por su forma, en tanto debe cumplirse en dependencias de la policía migratoria auxiliar o donde disponga la Dirección de Migraciones, pero, que quede claro, nunca en un lugar donde se encuentran detenidos sometidos a causa penal (art. 72). No se trata del cumplimiento de una pena, sino de una mera medida asegurativa con un fin específicamente determinado y limitada en el tiempo.

Fuera del caso contemplado, sólo cuando las características del caso lo justifiquen, excepcionalmente, puede retenerse a un extranjero mediante petición fundada ante la autoridad judicial.

Ha dicho este Tribunal, en anterior ocasión, que: 'la permanencia irregular de un extranjero no configura una circunstancia justificante (causa: Azeng, Xiankai, del 22 de junio de 2004, en Rev. La Ley, 26 de julio de 2004, p.4), esto es, no es una excepción que justifique la retención".-

El Sr. magistrado de grado merituó, oportunamente, para ordenar la retención de las personas chinas su falta de arraigo. También, y aún sin expresarlo en la susodicha resolución, ha tenido en consideración la condición de posibles víctimas de los actores en las actuaciones "Sumario Investigar Presunta infracción a la ley 25.871 y 26.364", y con ello justificó la medida excepcional que dispuso.-

Disentimos con la decisión del magistrado de la anterior instancia, puesto que ante un cuadro de situación como el que se presentaba, y fundamentalmente debido a la circunstancia de poder ser estas personas víctimas de delitos graves y que ofenden la dignidad humana, como los tipificados en la ley 26.364 y en los arts. 116 y sptes. de la ley migratoria, la retención no parece ser la medida adecuada para protegerlos. En todo caso, estimamos que el Sr. Juez ha debido arbitrar alguna de las medidas previstas en el art. 6 de la ley 26.364, en especial incs. b) y j) que garantizan el derecho a: "recibir alojamiento apropiado, manutención, alimentación suficiente e higiene personal" y "permanecer en el país, de conformidad con la legislación vigente y a recibir la documentación o constancia que acredite tal circunstancia"; asimismo, se debe contemplar también que las -posibles- víctimas de trata en ningún caso pueden ser alojadas en cárceles, establecimientos penitenciarios, policiales, o destinados al alojamiento de personas detenidas y/o procesadas (art. 7 ley 26.364). Y si se consideraba prematuro, a tenor de la incipiente investigación recurrir a las disposiciones tuitivas de la ley 26.364, es evidente que la retención en un destacamento de seguridad, como es la delegación de la policía migratoria auxiliar (Escuadrón 6 de Gendarmería Nacional) produce un efecto contrario a la tutela y/o protección buscadas; amén, como ya se dijo, de no corresponder por no verificarse los extremos que lo autorizan.-

Junto a lo dicho, hemos de agregar que se vuelve a equivocar la abogacía estatal migratoria cuando sostiene que la orden de expulsión existe, y que la retención se justifica pues corresponde que aquella adquiera firmeza. Este razonamiento parte de un error, por cuanto como se dijo en el punto a) de este considerando, la D.N.M. ha debido intimar a las personas de nacionalidad china para que regularicen su situación, otorgándoles un plazo razonable para ello, bajo apercibimiento de



## *Poder Judicial de la Nación*

decretar su expulsión, con efecto suspensivo. Al no haber habido intimación previa la expulsión, en cuanto acto administrativo migratorio es ilegítimo, pues carece de causa -antecedente de hecho que lo avale- y forma -por violación del procedimiento administrativo previsto a partir de los arts. 61 y sgtes. ley 25.871-.

Y aún si por hipótesis se tuviera como válido el procedimiento administrativo migratorio llevado a cabo y por tanto la orden de expulsión dictada respecto de los actores, ésta está sujeta a recursos, tanto administrativos como judiciales que, en todos los casos tienen efectos suspensivos (ver, art.82 ley 25.871), así que, mientras no adquieran firmeza, ninguna necesidad hay de retener a las personas para su expulsión dado que se violaría lo establecido en el art. 70, párrafo 4º que para todos los casos establece que el tiempo de detención no podrá exceder el estrictamente indispensable para hacer efectiva la expulsión del extranjero.-

Repárese que si estas personas quedan retenidas mientras tramitan los recursos, se afectaría la norma mencionada convirtiendo la retención en una pena, alejada entonces del fin para el que se permite.-

d) Que, tal como fuera ordenado por el Sr. juez de la instancia inferior, corresponde que la D.N.M. documente a los actores, arbitrando para ello el trámite previsto en el art. 20 de la ley 25.871 (otorgamiento de una residencia precaria mientras se sigue el trámite que corresponda a la categoría migratoria pertinente), pudiéndose asimismo merituar los arts. 26, 52 y 69, normas todas que en su conjunto tienden a hacer operativos los objetivos de la ley migratoria previstos en el art. 3, en particular, inc. f).-

Que, por último y a fin de satisfacer agravios, hemos de hacer notar que uno de los objetivos de la ley 25.871 es garantizar el ejercicio del derecho de reunificación familiar (inc. d) art. 3); de modo que la circunstancia alegada por todos los actores en relación a que tienen familiares en la República (véase al respecto acta de la audiencia de fs. 138/142), es un dato que la D.N.M. no debería menospreciar, sino antes bien, ponderar y comprobar a los fines de no violar el derecho en cuestión, que no sólo se erige como objetivo de la ley, sino que se enmarca como característica de la nueva política migratoria

USO OFICIAL

argentina.-

Que, por ello, **SE RESUELVE:**

1- Rechazar el recurso de apelación interpuesto por la Dirección Nacional de Migraciones contra la resolución de fs. 143/146.-

2- Tener presente la reserva federal efectuada.-

3- Adelántese vía fax lo aquí dispuesto.-

Regístrese, notifíquese, y bajen.

Se constituye el Tribunal con los suscriptos, de conformidad con el art. 109 R.J.N.

FDO: GUSTAVO ALFREDO IBAÑEZ-VICEPRESIDENTE. DANIEL EDGARDO ALONSO- JUEZ DE CÁMARA SUBROGANTE.

ANTE MI: EVA SENKMAN-SECRETARIA.