

Poder Judicial de la Nación



BERNARDO JOSE ARANGUREN
SECRETARIO

//raná, 10 de diciembre de 2.004.

Y VISTOS:

Estos autos caratulados "LI YUN, LINGYAN ZHENG Y YU JUNYUN S/HABEAS CORPUS", Expte. N° 4-15.201-14.318-2.004; y,

CONSIDERANDO:

I- Que, los mismos vienen a consideración del Tribunal en virtud del recurso de apelación interpuesto por la defensa técnica de las ciudadanas chinas LI YUN, LINGYAN ZHENG Y YU JUNYUN, contra la resolución de fs. 33/35 vta., que deniega el planteo de habeas corpus formulado por el defensor de las nombradas.

Que, a fs. 40 de las presentes actuaciones se emplaza a las partes a los fines del artículo 20, 1er. párrafo de la ley 23.098.

Que, a fs. 45/47 obra la presentación efectuada por el Sr. Fiscal General de Cámara, pasando al acuerdo las presentes a fs. 48.

II)- Que, el Sr. Fiscal General de Cámara, Dr. Ricardo C. M. Alvarez, principia su opinión destacando que, según la ley migratoria vigente que lleva el número 25.871, la decisión de retener a un ciudadano extranjero reconoce ciertos pasos de acción; esto es, afirma, en primer lugar, debe comprobarse la permanencia irregular del extranjero en el territorio nacional, lo que indica, se acreditó en el caso. Luego, continúa, corresponde que se efectivice un acto jurídico fundamental del derecho de la extranjería, cual es, la conminación que, explica, se concibe como requerimiento institucional que, proviniendo de la autoridad de aplicación, se dirige al extranjero respecto de quien existiera sospecha bastante de su irregular permanencia. Puntualiza que el objetivo del apremio o conminación es que el extranjero regularice su situación en el plazo que se le otorga para ello. Entonces, razona, que la sanción de expulsión debe necesariamente condicionarse a la intimación previa. Sostiene que las explicaciones de la

representante de la Dirección Nacional de Migraciones son concluyentes en orden a determinar la ausencia de la intimación. Reitera que sin intimación no puede haber expulsión y que la retención es consecuencia de una expulsión firme. Asimismo, destaca que las ciudadanas chinas ingresaron al país eludiendo el control migratorio lo que evidencia sólo una irregularidad que no permite de modo alguno que se comprometa la legalidad de tal procedimiento.

Desde otro vértice argumentativo, sostiene que el caso presenta aristas diferentes al citado por la defensa y resuelto por este Cuerpo, porque, destaca, las ciudadanas chinas contaban con pasaportes y, asimismo, el juez ha motivado su decisión. La deficiencia radica, apunta, en la falta de cumplimiento del acto de intimación o conminación cuyos resultados no cabe presumir como negativos y justificantes de una expulsión. Finalmente, manifiesta que la administración, mientras sustancia el debido procedimiento, puede disponer de las cautelas o resguardos que crea convenientes, pero la restricción a la libertad de las ciudadanas chinas, en este contexto, se muestra, enfatiza, privada de la necesaria cobertura normativa que prevé la ley 25.871, artículos 61 y 70.

Solicita, en consecuencia, sin perjuicio de las garantías que deberían prestar, según su parecer, las ciudadanas chinas, se haga lugar al recurso propuesto por la defensa.

III- Que, aún cuando el marco de análisis que se permite en un habeas corpus se encuentra limitado a la consideración relativa a la situación de las involucradas en relación a su libertad ambulatoria, el Tribunal entiende que es menester formular apreciaciones introductorias en atención a los requisitos de aplicación de la ley 25.871, aún no reglamentada y de reciente vigencia.

a) Así, cabe, en primer término señalar que, las facultades de control de la autoridad migratoria (y aquellas fuerzas que actúan como delegadas de la misma), reconocen dos



Poder Judicial de la Nación

BERNARDO JOSE ARANGUREN
SECRETARIO

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 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.

Deviene claro que, en el supuesto en análisis, tal conminación y otorgamiento de plazo, no se han cumplido.

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.).

No puede dejar de indicarse la mención que hace el art.124 a la subsistencia de la reglamentación de la anterior ley. En puridad, se trata de una remisión desafortunada en la medida que dicha reglamentación es absolutamente incompatible con el espíritu y el contenido de la ley 25.871, ya que la denominada "Ley Videla" se sustentaba en la doctrina de la seguridad nacional y regulaba la situación de los extranjeros en el país con un enfoque policial y persecutorio, todo lo contrario de la actual ley que reconoce a la migración como un derecho esencial e inalienable de la persona y que la República Argentina garantiza en base a los principios de igualdad y universalidad (art.4) y, por ende, otorga un tratamiento tuitivo al migrante, en estricta concordancia con lo establecido en el art. 20 de la Constitución Nacional.

Al respecto se ha dicho: Al consagrar en su artículo 4° el Derecho Humano a la migración sienta un precedente revolucionario en la normativa internacional sobre la materia. La migración es ahora un derecho subjetivo de la persona que no depende de la voluntad de ningún Estado. Las dificultades



Poder Judicial de la Nación

BERNARDO JOSE ARANGUREN
SECRETARIO

actuales en el proceso de reglamentación, en el que algunos funcionarios pretenden someter a los inmigrantes a controles que limitarían su libertad de movimiento y sus derechos, arrojan sin embargo dudas sobre la suerte futura de esta norma. Un retroceso de la legislación hacia perfiles represivos podría provocar la guetoización de las colectividades inmigrantes y la criminalización de los indocumentados, o sea, la quiebra del diálogo entre los representantes de los inmigrantes y el resto de la sociedad. El subsecuente resurgimiento de la intolerancia y la xenofobia sería un grave freno para el desarrollo democrático argentino." (cfr. Eduardo J. Vior, : Los bolivianos en Buenos Aires fortalecen la democracia. Derechos Humanos, inmigración y participación democrática. Conclusiones del Congreso de la Asociación Alemana de Estudios sobre América Latina (ADLAF) sobre "Migraciones" celebrado en Friburgo, Alemania, en noviembre de 2.003).

Con el marco indicado, y de acuerdo al sistema que la ley 25.871 establece, en el caso y con los elementos que se cuentan en la causa (no se tiene copia del expediente administrativo), aparece, en principio, que la actuación administrativa sería inválida por violación de formas y contenido del procedimiento reglado.

b) Que, 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, L.S.), esto es, no es una excepción que justifique la retención.

Cabe recordar que, según las constancias, las involucradas han señalado lugar y momento de ingreso al país y no existen constancias de haberse recabado la veracidad o no de sus dichos, aunque no se han creído sus afirmaciones.

Las características del presente caso revelan que las involucradas, en todo caso y de constatare en la causa penal abierta la actuación de terceros una conducta tipificada como delito migratorio, son las víctimas de una actividad delictiva, pero en modo alguno pueden ser tratadas por ello de modo distinto que todo extranjero que ingresa al país.

Recuérdese que, tal como consta en el parte inicial, la actuación se promueve porque las personas tenían "rasgos orientales" y, según los actuantes, esto ha configurado un



Poder Judicial de la Nación

BERNARDO JOSE ARANGUREN
SECRETARIO

"hecho" que justificó su actuación. Sin analizar estas expresiones a la luz de las normas antidiscriminatorias, se trata de un caso de "portación de cara" que tantas y tan dolorosas consecuencias han provocado en nuestro país.

Tampoco puede meritarse como causa de excepción lo que la autoridad denomina ruta infrecuente de traslado, dado que se desplazaban por una ruta nacional con destino a Paraná y, tal vez, posterior continuación a Buenos Aires. Téngase en cuenta que las ciudadanas chinas (que, cabe recordar, no son indocumentadas dado que portaban sus pasaportes aparentemente en regla), eran conducidas por quienes se encuentran sometidos a una causa penal, no hablan el idioma nacional, ni conocen el país como para poder achacarles la elección de uno u otro camino para arribar a su destino con algún fin ilegítimo. No son delincuentes ni deben ser tratadas como tales.

A todo evento, obsérvese la situación paradójica que se produce, quienes están involucrados en causa penal por delitos migratorios pueden ser excarcelados en la mayoría de los supuestos tipificados (ver arts. 116 a 121), mientras que a quienes a lo sumo puede achacárseles una infracción puramente administrativa, se pretende retenerlas para su expulsión en base a un procedimiento administrativo con serios signos de estar viciado, apartado del cumplimiento de las reglas del debido proceso y derecho de defensa, sin causa alguna que justifique su retención.

En el caso concreto, y tal como da cuenta la constancia agregada a fs. 43 los imputados en el hecho delictivo han sido excarcelados.

Que no se alegue que las ciudadanas chinas no serán halladas si quedan en libertad, porque este argumento habla más de la ineficacia del órgano de control que de la conducta de las partes, y resulta claro que no puede recaer sobre ellas el peso de las falencias de la autoridad de aplicación.

Además, han denunciado domicilios y no hay constancia de que los mismos sean inexistentes.

Los elementos que el a quo ha entendido como bastantes para ordenar la retención, ni son suficientes, ni tienen entidad como para determinar la medida que viene impugnada.

Esto es así en la medida que se entienda que, aun cuando el proceso administrativo hubiera sido correcto, está sujeto a recursos, tanto administrativos como judiciales que, en todos los casos tienen efectos suspensivos (ver, art.82), 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 4° que para todos los casos establece que el tiempo de detención no podrá exceder el estrictamente indispensable para hacer efectiva la expulsión del extranjero.

Y si 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.

Se recuerda que los únicos supuestos en los que la expulsión administrativa firme y consentida puede ser ejecutada inmediatamente están contemplados en el art. 64 y ninguno de los casos allí contemplados encuadra en la situación aquí considerada.

Que, así entonces, se advierte que no se constatan aquellas características del caso que justifiquen "excepcionalmente" la retención sin decisión firme y consentida.

Que, el Sr. Fiscal General ante este Tribunal se ha expedido en el mismo sentido, concordando, en lo sustancial, con todo lo aquí dicho.

Cabe agregar, empero, que dado que el art. 71 otorga una facultad a la autoridad de aplicación en orden a caucionar la



Poder Judicial de la Nación

BERNARDO JOSE ARANGUREN
SECRETARIO

decisión liberatoria, la misma puede ser decidida por el Tribunal y, además, a todo evento, deberá el Juez actuante poner en conocimiento de las autoridades del país de origen la situación de sus ciudadanas y, la autoridad de aplicación proceder de acuerdo a lo establecido en el art. 20 dotándolas de constancia documental suficiente.

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

1- Admitir el recurso interpuesto contra la resolución de fs. 33/35 vta. del expediente agregado por cuerda la que se revoca, admitiéndose el recurso de habeas corpus planteado.

2- Disponer la inmediata libertad de las ciudadanas chinas LI YUN, LINGYAN ZHENG Y YU JUNYUN, bajo caución juratoria, la que se deberá prestar ante el Juez actuante.

3- Cúmplase con lo ordenado en el último párrafo de los considerandos que anteceden.

4- Todo ello sin perjuicio del curso de la actuación administrativa y el posterior control judicial sobre las decisiones que allí se tomen.

5- Adelántese vía fax lo aquí dispuesto.

Regístrese, notifíquese, y bajen.

ENRIQUE ULISES GARCIA VITOR
Juez de Cámara

GABRIEL B. CHAUSOVSKY
PRESIDENTE

GUILLERMO J. ENDERLE
JUEZ DE CAMARA