

2017

Inconstitucionalidad de la modificación del artículo 86 de la ley N° 25.871 a través del DNU 70/17

Analía Cascone

Resumen

El art. 86 de la Ley de Migraciones N° 25.871 regula el derecho a la asistencia jurídica gratuita de las personas migrantes en los procedimientos de carácter migratorio. El decreto de necesidad y urgencia N° 70/17 modificó sustancialmente dicho artículo, limitando su alcance y restringiendo la posibilidad de acceder de manera efectiva al servicio de asistencia jurídica gratuita brindado por el Ministerio Público de la Defensa. En este trabajo se aborda la inconstitucionalidad de esta modificación, que impone requisitos que limitan el derecho de defensa y el acceso a la justicia de las personas migrantes, al tiempo que vulnera la autonomía funcional del Ministerio Público de la Defensa.

Voces

Dirección Nacional de Migraciones. Ministerio Público de la Defensa. Autonomía. Defensor Público Oficial. Derecho de defensa. Acceso a la Justicia. Extranjeros. Migrantes. Decreto de necesidad y urgencia.

Inconstitucionalidad de la modificación del artículo 86 de la ley N° 25.871 a través del DNU 70/17

ÍNDICE

1. Introducción 2. Las modificaciones introducidas por el DNU en materia de asistencia jurídica gratuita 3. Violación de la autonomía del Ministerio Público de la Defensa 4. Criterios que habilitan la provisión del servicio de defensa pública. La situación de vulnerabilidad de las personas migrantes 5. El derecho de defensa de las personas migrantes 6. Igualdad y no discriminación 7. Conclusión.

1. INTRODUCCIÓN

El art. 86 de la Ley de Migraciones N° 25.871 regula el derecho constitucional y convencional a la asistencia jurídica gratuita de las personas migrantes en los procedimientos de carácter migratorio. El decreto de necesidad y urgencia N° 70/17 (en adelante, el “DNU”) modificó dicho artículo, limitando sustancialmente el acceso a la justicia de las personas migrantes y vulnerando la autonomía funcional del Ministerio Público de la Defensa (en adelante, el “MPD”).

En sus considerandos, el DNU destaca que, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, “Corte IDH”), los Estados cuentan con un “ámbito de discrecionalidad” para fijar sus políticas migratorias¹. La cita es parcial, por cuanto la Corte IDH ha dicho que “...si bien los Estados guardan un ámbito de discrecionalidad al determinar sus políticas migratorias, los objetivos perseguidos por las mismas deben respetar los derechos humanos de las personas migrantes”². La ejecución de dichas políticas migratorias debe también ser respetuosa de los derechos humanos, y “...las distinciones que los Estados establezcan deben ser objetivas, proporcionales y razonables”³.

¹ [Decreto de necesidad y urgencia N° 70/17](#), cons. séptimo.

² Corte IDH, Caso “[Vélez Loor v. Panamá](#)”. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010, párr. 97. *En el mismo sentido*: “[Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas v. República Dominicana](#)”. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014, párr. 350.

³ Corte IDH, [Opinión Consultiva OC-18/03](#). Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Decisión de 17 de septiembre de 2003, párr. 168. *Ver también* [Fallos 268:393](#), cons. 6°: “El ejercicio de la atribución administrativa de permitir la radicación definitiva de extranjeros residentes en el país no es absoluto y discrecional, al punto de que pueda lesionar

Sin perjuicio de la cuestionable constitucionalidad del DNU en sí mismo⁴, en el presente artículo me abocaré a desarrollar la inconstitucionalidad del nuevo art. 86, centrándome en dos aspectos fundamentales: la violación de la autonomía del MPD, y la vulneración del derecho de defensa de las personas migrantes.

2. LAS MODIFICACIONES INTRODUCIDAS POR EL DNU EN MATERIA DE ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA

El texto original del art. 86, aprobado por unanimidad en ambas Cámaras del Congreso de la Nación, disponía:

Los extranjeros que se encuentren en territorio nacional y que carezcan de medios económicos, tendrán derecho a asistencia jurídica gratuita en aquellos procedimientos administrativos y judiciales que puedan llevar a la denegación de su entrada, al retorno a su país de origen o a la expulsión del territorio argentino. Además tendrán derecho a la asistencia de intérprete/s si no comprenden o hablan el idioma oficial. Las reglamentaciones a la presente, que en su caso se dicten, deberán resguardar el ejercicio del Derecho Constitucional de defensa.

Por su parte, el art. 86 del decreto N° 616/2010, reglamentario de la ley N° 25.871, regulaba el derecho a la asistencia jurídica gratuita en estos términos:

La DIRECCION NACIONAL DE MIGRACIONES, ante el planteo que efectúe un extranjero, dará inmediata intervención al MINISTERIO PUBLICO DE LA DEFENSA, disponiendo la suspensión de cualquier trámite y de los plazos en curso en las actuaciones administrativas, hasta que el referido Ministerio tome intervención o el interesado reciba la asistencia jurídica necesaria para la salvaguarda de sus intereses.

El DNU sustituyó⁵ el texto del art. 86 de la Ley N° 25.871 por el siguiente:

Los extranjeros que se encuentren en territorio nacional y que carezcan de medios económicos, tendrán derecho a asistencia jurídica gratuita en aquellos

derechos amparados por la Constitución, y si ello ocurre es misión de los jueces acordar a esos derechos la tutela requerida por el interesado”.

⁴ Los considerandos del DNU no justifican adecuadamente las razones de necesidad y urgencia que habilitan el excepcional recurso a este mecanismo. Asimismo, el DNU violaría la prohibición de regular en materia penal por esa vía (Cf. art. 99, inc. 3, Constitución Nacional). Ver Amnistía Internacional, “Algunas consideraciones sobre la modificación de la Ley de Migraciones (Decreto de Necesidad y Urgencia 70/2017)”, disponible en <https://amnistia.org.ar/wp-content/uploads/delightful-downloads/2017/02/Migraciones-QyA-1.pdf> [último acceso 26 de marzo de 2017].

⁵ DNU, art. 24.

procedimientos administrativos y judiciales que puedan llevar a la denegación de su residencia legal o a la expulsión del territorio argentino. Además tendrán derecho a la asistencia de intérprete si no comprendieren o hablaben el idioma oficial.

Con la solicitud ante la autoridad administrativa de asistencia jurídica gratuita y acreditada que sea la carencia de medios económicos, la DIRECCIÓN NACIONAL DE MIGRACIONES notificará al defensor público oficial de turno para que en el plazo de TRES (3) días hábiles tome la intervención que le compete.

Cuando no haya sido requerida la asistencia jurídica gratuita o no se acreditara de forma fehaciente la falta de medios económicos, se continuará con las actuaciones administrativas sin más trámite.

Al momento de notificar al extranjero de alguna decisión de la DIRECCIÓN NACIONAL DE MIGRACIONES, que pudiera afectar alguno de los derechos enunciados en la presente Ley, se deberá transcribir en forma textual este artículo en el cuerpo de la notificación.

La reglamentación de la presente deberá resguardar el ejercicio del derecho constitucional de defensa.

Como puede apreciarse, el DNU modifica el alcance del derecho a asistencia jurídica gratuita de diversas maneras. Por un lado, lo limita a los procedimientos que puedan resultar en la denegación de residencia legal o en la expulsión del territorio, eliminando la referencia a los procedimientos de denegación de entrada al país y, por lo tanto, excluyendo del derecho los supuestos que involucren un potencial rechazo en frontera⁶.

Por otra parte, el nuevo art. 86 restringe el acceso efectivo a la asistencia jurídica gratuita que pretende garantizar. En efecto, mientras que el decreto reglamentario establece que, manifestada la voluntad recursiva, la Dirección Nacional de Migraciones (en adelante “DNM”) deberá dar inmediata intervención al MPD, disponiendo la suspensión del trámite y de los plazos hasta que la persona reciba asistencia jurídica, el DNU modificó el mecanismo de manera tal que es el migrante quien debe (1) solicitar la asistencia jurídica gratuita a la DNM, y (2) acreditar en forma fehaciente carencia de medios económicos ante la propia DNM. Sólo entonces la DNM

⁶ Si bien excede el objeto del presente trabajo, la modificación no es menor por cuanto la potestad del Estado de rechazar personas en frontera, lejos de ser absoluta, se encuentra limitada por la prohibición de devolución que surge del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional de refugiados. Ver art. 22(8) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; art. 3 de [la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes](#); art. 33 de la [Convención sobre el Estatuto de los Refugiados](#); y arts. 7 y 8 de la [Ley N° 26.165](#).

notificará al MPD para que tome intervención, estableciendo para ello el plazo de tres días hábiles.

3. VIOLACIÓN DE LA AUTONOMÍA DEL MINISTERIO PÚBLICO DE LA DEFENSA

Al trasladar a la DNM la decisión respecto de qué casos califican para acceder al servicio de defensa pública, el DNU atenta contra la independencia y la autonomía del MPD.

El art. 120 de la Constitución Nacional prescribe que el Ministerio Público “...es un órgano independiente con autonomía funcional y autarquía financiera”. La Ley Orgánica del Ministerio Público de la Defensa de la Nación N° 27.149, por su parte, dispone que el MPD “...goza de independencia y autonomía funcional, sin sujeción a instrucciones o directivas emanadas de órganos ajenos a su estructura”⁷, y que en virtud de la autarquía financiera dispuesta en la Constitución, “...tendrá crédito presupuestario propio, el que será atendido con cargo al Tesoro nacional y con recursos propios”⁸.

La autonomía funcional puede ser definida como “...la facultad de tomar decisiones sobre el ejercicio de sus funciones sin la intervención de ningún otro poder, organismo o autoridad pública” (Braccacini y González 2016, 968). La autarquía financiera, por su parte, “...supone el manejo discrecional de los recursos presupuestarios que le son asignados anualmente, y sin la injerencia de ningún otro poder del Estado” (Braccacini y González 2016, 973). De esta forma, el MPD no se encuentra subordinado a ningún otro poder del Estado, ni debe recibir instrucciones de ellos (Braccacini y González 2016, 965-966). En consonancia con ello, la Ley Orgánica dispone que el MPD:

...establece los criterios objetivos y subjetivos de limitación de recursos económicos o vulnerabilidad que habiliten la provisión del servicio de Defensa Pública más allá de los casos en los que correspondiere su intervención obligada⁹.

Por lo tanto, en la medida en que el Poder Ejecutivo erigió a la DNM en el organismo encargado de evaluar la procedencia de la prestación del servicio de defensa pública a migrantes, el art. 24 del DNU, modificadorio del art. 86 de la Ley 25.871, es a todas luces inconstitucional por atentar contra la autonomía y la autarquía del MPD¹⁰. El MPD establece los criterios que habilitan la provisión de su servicio y determina su cumplimiento¹¹. Cabe destacar en este punto que la ley

⁷ [Ley N° 27.149](#), art. 2.

⁸ [Ley N° 27.149](#), art. 3.

⁹ [Ley N° 27.149](#), art. 5 *in fine*.

¹⁰ Ver Gelli (2011). Operatividad: “...ya no cabe duda alguna que resultaría inconstitucional cualquier ley reglamentaria [del 120 de la Constitución] que pusiese al órgano bajo la dependencia de cualquier poder en general, y del Ejecutivo en particular”.

¹¹ Ver por ejemplo la Resolución DGN N° 230/17, que establece las pautas de intervención del MPD conforme el art. 42, inc. a, de la Ley N° 27.149, y su antecesora, Resolución DGN° 754/98.

N° 27.149 prescribe que el MPD "...debe ser consultado en oportunidad de analizarse y debatirse proyectos de ley o reglamentación de su incumbencia"¹², lo que no ha ocurrido en este caso.

Afirmar que el DNU viola el art. 120 de la Constitución Nacional es señalar la intromisión de un poder estatal en otro, pero es mucho más que eso, ya que la subordinación del servicio de defensa pública al Poder Ejecutivo no sólo atenta contra la autonomía del MPD, sino que constituye una violación del derecho a una defensa técnica eficaz, al debido proceso, y al acceso a la justicia de los sectores más vulnerables (Martínez [2014](#), 9-12; Braccacini y González 2016, 970)¹³.

4. CRITERIOS QUE HABILITAN LA PROVISIÓN DEL SERVICIO DE DEFENSA PÚBLICA. LA SITUACIÓN DE VULNERABILIDAD DE LAS PERSONAS MIGRANTES.

El DNU pretende limitar el acceso a la asistencia jurídica gratuita a aquellos migrantes que acrediten en forma fehaciente ante la DNM que carecen de medios económicos¹⁴. Dicha limitación soslaya la obligación del Estado de garantizar el acceso a la justicia de todas las personas, en especial de las personas en situación de vulnerabilidad, así como la importancia del servicio de asistencia jurídica gratuita a tales fines¹⁵. En este sentido, el mandato del MPD no se limita a la defensa de quienes carecen de recursos económicos para contratar asistencia letrada particular, sino a toda persona en condición de vulnerabilidad¹⁶.

El concepto de vulnerabilidad es central para la definición del alcance de la garantía de acceso a la justicia, muy especialmente en el ámbito interamericano. De acuerdo con las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad,

[s]e consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con

¹² [Ley 27.149](#), art. 7 *in fine*.

¹³ Así lo ha entendido el Comité de Derechos Humanos en sus Observaciones Finales al Cuarto Informe Periódico presentado por Argentina (CCPR/C/ARG/4), 22 de marzo de 2010, párr. 20: "[El Comité nota que] pese a lo previsto en el artículo 120 de la Constitución, la autonomía funcional y presupuestaria de la Defensoría Pública respecto de la Procuraduría no está garantizada en todo el territorio nacional, lo que tendría un impacto negativo en la calidad de los servicios prestados por aquella (art. 14 del Pacto). El Estado parte debe [...] garantizar la independencia presupuestaria y funcional de este órgano respecto de otros órganos del Estado".

¹⁴ El texto original del art. 86 también hacía referencia a la carencia de medios económicos, pero no sustraía del MPD la decisión respecto del alcance de la prestación del servicio de defensa pública, ni excluía de la posibilidad de acceder a tal servicio a las personas migrantes, en la medida en que no se les exigía acreditar su situación económica ante DNM.

¹⁵ OEA, Resolución [AG/RES. 2887](#) (XLVI-O/16), pto. ix; OEA, Resolución [AG/RES. 2821](#) (XLIV-O/14), pto. 4.

¹⁶ Ver [ley N° 27.149](#), arts. 1, 5, 11, 35(e), 42(a), 42(f), 42(m); Resolución DGN N° 230/17.

plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico¹⁷.

Así, “...la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de libertad” pueden constituir causas de vulnerabilidad¹⁸. Como puede apreciarse, las circunstancias económicas y la pobreza son solo un aspecto a tener en cuenta.

La Corte IDH ha descrito con claridad la situación de vulnerabilidad en que se encuentran las personas migrantes, que se origina en su

...condición individual de ausencia o diferencia de poder con respecto a los no-migrantes (nacionales o residentes). Esta condición de vulnerabilidad tiene una dimensión ideológica y se presenta en un contexto histórico que es distinto para cada Estado, y es mantenida por situaciones *de jure* (desigualdades entre nacionales y extranjeros en las leyes) y *de facto* (desigualdades estructurales). Esta situación conduce al establecimiento de diferencias en el acceso de unos y otros a los recursos públicos administrados por el Estado¹⁹.

Más aun, la Corte IDH ha destacado que “...los prejuicios culturales acerca de los migrantes permiten la reproducción de las condiciones de vulnerabilidad, dificultando la integración de los migrantes a la sociedad”, y que

...las violaciones de derechos humanos cometidas en contra de los migrantes quedan muchas veces en impunidad debido, *inter alia*, a la existencia de factores culturales que justifican estos hechos, a la falta de acceso a las estructuras de poder en una sociedad determinada, y a impedimentos normativos y fácticos que tornan ilusorios un efectivo acceso a la justicia²⁰.

La Asamblea General de las Naciones Unidas, por su parte, ha señalado como factores que explican la situación de vulnerabilidad en que suelen encontrarse las personas migrantes el

¹⁷ XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, [100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad](#), 2008, Regla 3.

¹⁸ XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, [100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad](#), 2008, Regla 4.

¹⁹ Corte IDH, [Opinión Consultiva OC-18/03](#). Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Decisión de 17 de septiembre de 2003, párr. 112.

²⁰ Corte IDH, Caso [Vélez Loor v. Panamá](#). Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010, párr. 98. *En el mismo sentido*: Corte IDH, [Caso Nadege Dorzema y otros v. República Dominicana](#). Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012, párrs.152 y 153; Corte IDH, [Caso Familia Pacheco Tineo v. Estado plurinacional de Bolivia](#). Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2013, párr.128.

hecho de encontrarse fuera de sus países de origen, las “...diferencias de idioma, costumbres y culturas, así como las dificultades económicas y sociales y los obstáculos para regresar a sus Estados de origen a que deben hacer frente los migrantes sin documentación o en situación irregular”²¹.

De lo expuesto se desprende que, sin perjuicio de la inconstitucionalidad de la determinación por parte del Poder Ejecutivo de los criterios de acceso al servicio de defensa pública, reducir el criterio a la carencia de medios económicos atenta contra el derecho de acceso a la justicia de los migrantes en tanto personas en condición de vulnerabilidad, impidiéndoles el “acceso real” a la asistencia jurídica²².

5. EL DERECHO DE DEFENSA DE LAS PERSONAS MIGRANTES

No quedan dudas de que las garantías del debido proceso son aplicables a todo tipo de procedimiento –ya sea penal, civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter²³–, y en todas las instancias –administrativas y judiciales–. Así lo ha entendido la Corte IDH en su jurisprudencia constante sobre la materia²⁴, así como también la Corte Suprema de Justicia de la Nación²⁵. Más aun, el elenco de garantías establecido en el art. 8(2) de la Convención Americana –incluyendo el derecho a ser asistido por un defensor– es aplicable a todo tipo de procedimientos, y no sólo a los de índole penal²⁶.

En particular en lo referente a los procedimientos que puedan culminar con la expulsión de una persona²⁷, la Corte IDH ha señalado que “la prestación de un servicio público gratuito de defensa

²¹ Asamblea General de las Naciones Unidas, [resolución A/RES/54/166](#), “Protección de los Migrantes”, 24 de febrero de 2000.

²² Asamblea General de las Naciones Unidas, “Informe de la Relatora sobre la independencia de los magistrados y abogados”, [A/HRC/23/43](#), 15 de marzo de 2013, párrs. 82 y 105.

²³ [Convención Americana sobre Derechos Humanos](#), art. 8, inc. 1.

²⁴ Corte IDH, [Caso de la “Panel Blanca”](#) (Paniagua Morales y otros) v. Guatemala, Sentencia del 8 de marzo de 1998 (Fondo), párr. 149; Corte IDH, [Caso del Tribunal Constitucional v. Perú](#), Sentencia de 31 de enero de 2011 (Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 70; Corte IDH, [Caso Ivcher Bronstein v. Perú](#), Sentencia de 6 de febrero de 2001 (Fondo, Reparaciones y Costas), párrs. 103-104; Corte IDH, [Caso Baena Ricardo y otros v. Panamá](#), Sentencia de 2 de febrero de 2001 (Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 124-126; [Caso Vélez Loor v. Panamá](#), Sentencia de 23 de noviembre de 2010 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 142.

²⁵ Fallos 335:1126, cons. 8°.

²⁶ [Caso Baena Ricardo y otros v. Panamá](#), Sentencia de 2 de febrero de 2001 (Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 125. *Ver también*: XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, [100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad](#), 2008, Regla 29; Asamblea General de las Naciones Unidas, “Informe de la Relatora sobre la independencia de los magistrados y abogados”, [A/HRC/23/43](#), 15 de marzo de 2013, párr. 27.

²⁷ Las garantías mínimas aplicables a este tipo de procesos son: “i) ser informado expresa y formalmente de los cargos en su contra y de los motivos de la expulsión o deportación. Esta notificación debe incluir información sobre sus derechos, tales como:

legal a favor de éstas es necesaria para evitar la vulneración del derecho a las garantías del debido proceso”²⁸. En este sentido, los arts. 8 y 25 de la Convención Americana se vulneran no sólo por el riesgo que corre la persona de ser deportada o expulsada, sino también “por la negativa de la prestación de un servicio público gratuito de defensa legal a su favor (...). Al respecto, el Estado debe garantizar que el acceso a la justicia sea no solo formal sino real”²⁹. La defensa técnica proporcionada por el Estado debe ser amplia y garantizada “desde las primeras etapas del procedimiento, ya que de lo contrario la asistencia legal carece de idoneidad por su falta de oportunidad”³⁰.

Al referirse al derecho a la defensa técnica en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, la Dra. Stella Maris Martínez ha observado que “el desafío hoy en día no es tanto la estandarización normativa de este derecho, sino tornar operativos los postulados consagrados y la remoción de obstáculos que impiden o restringen el acceso a la justicia” (Martínez 2014, 8). Esto es particularmente aplicable en lo que se refiere al derecho de defensa de las personas migrantes en el marco de procedimientos de expulsión, los que, tal como lo ha señalado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, suelen caracterizarse

...por un alto grado de arbitrariedad estatal, frente a la cual las personas migrantes tienen un margen de respuesta mínimo, cuando no nulo. A menudo estos procedimientos tienen múltiples obstáculos, tanto *de jure* como *de facto*, que impiden el goce de los derechos de los migrantes en un plano de igualdad con los

a. la posibilidad de exponer sus razones y oponerse a los cargos en su contra;
b. la posibilidad de solicitar y recibir asistencia consular, asesoría legal y, de ser el caso, traducción o interpretación;
ii) en caso de decisión desfavorable, debe tener derecho a someter su caso a revisión ante la autoridad competente y presentarse ante ella para tal fin, y
iii) la eventual expulsión solo podrá efectuarse tras una decisión fundamentada conforme a la ley y debidamente notificada”. [Caso Nadege Dorzema y otros v. República Dominicana](#). Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012, párr. 175. *En el mismo sentido*: [Caso Familia Pacheco Tineo v. Estado plurinacional de Bolivia](#). Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2013, párr.133; [Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas v. República Dominicana](#). Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014, párr. 356.

²⁸ Corte IDH, [Caso Vélez Loor v. Panamá](#), Sentencia de 23 de noviembre de 2010 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 146. *En igual sentido*: Corte IDH, [Caso Nadege Dorzema y otros v. República Dominicana](#). Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012, párr. 164.

²⁹ Corte IDH, [Opinión Consultiva OC-18/03](#). Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Decisión de 17 de septiembre de 2003, párr. 126.

³⁰ Corte IDH, [Caso Vélez Loor v. Panamá](#), Sentencia de 23 de noviembre de 2010 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 133.

nacionales. A su vez, estos obstáculos ponen de manifiesto la desigualdad real en la que suelen encontrarse los migrantes³¹.

Los Estados deben adoptar medidas tendientes a resolver tal desigualdad, eliminar los obstáculos que impidan una defensa técnica eficaz, y garantizar el acceso a la justicia de las personas en situación de vulnerabilidad³².

Al requerir el DNU que la persona migrante solicite la asistencia jurídica gratuita para que luego sea la propia DNM la que evalúe si se encuentran acreditados los extremos que la habilitarían a acceder a dicha asistencia, se obstaculiza el *real* acceso a la justicia. La situación se ve agravada por el hecho de que la notificación de este complejo mecanismo de “acceso a la justicia” previsto en el DNU, tal como lo establece la misma norma, consiste en la transcripción del art. 86 en la notificación de la decisión de que se trate. Sin perjuicio de las dificultades de comprensión del idioma que se puedan presentar –las que se supone salvadas por la asistencia de un intérprete–³³, la especial situación de vulnerabilidad y de “desigualdad real” en que se encuentran las personas migrantes, sumado al frecuente accionar arbitrario de la DNM³⁴, constituyen factores que, en los hechos, pueden obstaculizar el efectivo acceso a asistencia jurídica gratuita. De esta forma, la nueva redacción del art. 86 amenaza la idoneidad de la asistencia legal, en la medida en que interfiere con la posibilidad de su prestación *oportuna*.

La limitación del acceso oportuno a la defensa técnica “[limita] severamente el derecho a la defensa, lo que ocasiona *desequilibrio procesal* y deja al individuo sin tutela frente al ejercicio del poder punitivo”³⁵. En igual sentido viene pronunciándose el Procurador Fiscal ante la Corte

³¹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, [Movilidad Humana: Estándares internacionales](#), OEA/Ser.L/V/II. Doc. 46/15, 31 de diciembre de 2015, párr. 286.

³² Stella Maris Martínez, *La autonomía de la Defensa Pública como garantía del derecho a una defensa técnica eficaz*, en Revista del Ministerio Público de la Defensa, 20 años de autonomía, pág. 13.

³³ Excede el objeto del presente trabajo analizar las modificaciones introducidas por el DNU en materia de notificaciones, que incluyen la posibilidad de tener por notificados los actos de la DNM “de pleno derecho, en el término de dos (2) días hábiles, desde el momento de su emisión, quedando los mismos disponibles en la mesa de entradas [de la DNM]” (ley N° 25.871 modificada por el DNU, art. 54). Tales modificaciones, sumadas al hecho de que las notificaciones cursadas en el domicilio constituido difícilmente sean traducidas al idioma de comprensión de la persona, agravan aún más la situación de indefensión de las personas migrantes.

³⁴ “[E]l reconocimiento del derecho a la migración ha topado a menudo con sostenidas prácticas arbitrarias de la Dirección Nacional de Migraciones, heredadas del largo período en que estuvo vigente la ley Videla [...]. Si bien se han producido cambios relevantes en la Dirección Nacional de Migraciones en los años de vigencia de la ley 25.871, los mismos no han sido suficientes para desterrar todas las prácticas arbitrarias de dicho organismo ni de las fuerzas de seguridad que se desempeñan como policía migratoria” (Monclús Masó 2016, 293-294).

³⁵ Corte IDH, [Caso Vélez Loor v. Panamá](#). Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010, párr. 132 (el destacado es propio).

Suprema de Justicia de la Nación en una serie de casos que se encuentran a consideración de dicho tribunal:

[L]a naturaleza de los derechos involucrados demanda que en procedimientos de esta índole deban respetarse las garantías del debido proceso, en especial, la presunción de inocencia (arts. 18, Constitución Nacional, y 8, inc. 2, Convención Americana sobre Derechos Humanos). A su vez, debe reforzarse ciertas garantías básicas de defensa en juicio como consecuencia del desequilibrio procesal en el que se encuentra el migrante ante la autoridad migratoria para desarrollar una defensa adecuada de sus intereses³⁶. En este sentido, “en materia migratoria, para que el procedimiento administrativo se desarrolle en condiciones de igualdad, la garantía de defensa incluye la efectiva intervención de la asistencia letrada³⁷.”

Los precedentes citados ponen de resalto la situación de desigualdad real y desequilibrio procesal en que se encuentran las personas migrantes frente a la Administración. Se trata de una realidad que, a través del respeto de las garantías, el Estado debe remediar. En contraste, el DNU agrava la referida situación de desequilibrio procesal y desigualdad al conceder al organismo que ha adoptado la decisión contraria a los intereses del migrante la potestad de decidir habilitarle la vía para obtener asistencia jurídica gratuita. En palabras de la Corte IDH, “[n]o es razonable depositar funciones naturalmente antagónicas en una sola persona³⁸.”

Renglón aparte merece la “situación de vulnerabilidad agravada” en que se encuentran las personas migrantes en situación irregular sometida a medidas de privación de la libertad. En tales casos, la falta de asistencia letrada torna “inefectiva la posibilidad de acceder y ejercer recursos para cuestionar las medidas que dispusieron su privación de libertad, implicando un menoscabo de hecho injustificado en su derecho de acceder a la justicia³⁹.” Ello es particularmente relevante atento el régimen de “retención” de migrantes que el DNU ha

³⁶ [Z., Peili c/ Dirección Nacional de Migraciones s/ Amparo ley 16.986](#), Dictamen Procurador Fiscal ante la CSJN de fecha 27/04/16, págs. 6-7, con cita a Corte IDH, OC-16/99 y Reglas de Brasilia. En igual sentido: [Peralta Valiente, Mario Raúl c/ EN- M Interior – DNM s/ Recurso Directo DNM](#), Dictamen Procurador Fiscal ante la CSJN de fecha 26/04/16, págs. 6-7; [Taboada Ortiz, Víctor c/ EN – Mº Interior – DNM – Disp 699/12 s/ Recurso Directo DNM](#), Dictamen Procurador Fiscal ante la CSJN de fecha 18 de mayo de 2016, pág. 6; Torres Miraval, Rolando Francisco c/ EN – Mº Interior – DNM s/ Recurso Directo DNM, Dictamen Procurador Fiscal ante la CSJN de fecha 27 de junio de 2016, pág. 5; [Mabuza Moses c/ EN – DNM – Disp 578/12 \(EXPTE 149957/10\) s/ Recurso Directo DNM](#), Dictamen Procurador Fiscal ante la CSJN de fecha 6 de septiembre de 2016, pág. 5.

³⁷ [Peralta Valiente, Mario Raúl c/ EN- M Interior – DNM s/ Recurso Directo DNM](#), Dictamen Procurador Fiscal ante la CSJN de fecha 26/04/16, pág. 11.

³⁸ Corte IDH, [Caso Barreto Leiva v. Venezuela](#), Sentencia de 17 de noviembre de 2009 (Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 63.

³⁹ [Caso Vélez Loor v. Panamá](#). Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010, párr. 254.

endurecido, entre otras cosas, extendiendo plazos de duración y disponiendo que las acciones o procesos recursivos incoados por el migrante en defensa de sus derechos “suspenderán el cómputo del plazo de retención hasta su resolución definitiva”⁴⁰. Es decir, por un lado se dificulta el acceso efectivo a asistencia jurídica, y por el otro se dispone que cualquier intento de hacer valer sus pretensiones por parte del migrante –con o sin asistencia jurídica– lo perjudicará en la medida en que se traducirá en la prolongación de su privación de la libertad. Más aun, la carencia de asistencia letrada incrementa las chances de que la persona migrante sea privada de su libertad, al verse impedida de plantear de manera eficaz y oportuna su defensa contra una decisión que pueda culminar con su expulsión.

Como puede apreciarse, la preocupación manifestada por el Estado en los considerandos del DNU por la afectación al debido proceso legal fruto de la duración de los procesos migratorios⁴¹ es atendida a través de modificaciones que no hacen más que violar el debido proceso legal.

6. IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN

El DNU viola asimismo los principios de igualdad y no discriminación. En efecto, establece una distinción ilegítima entre migrantes y otras personas al disponer que en el caso de aquellos la Administración determinará las condiciones de acceso al servicio de defensa pública, lo que no ocurre en ningún otro supuesto. Sin perjuicio de la ya referida inconstitucionalidad de esa determinación, no puede soslayarse que se establece una barrera que impide el acceso efectivo a la asistencia jurídica gratuita a una categoría específica de personas, en el ejercicio de una categoría específica de derechos. En este sentido, “el derecho internacional de los derechos humanos prohíbe políticas y prácticas deliberadamente discriminatorias, así como aquéllas cuyo impacto sea discriminatorio contra cierta categoría de persona, aun cuando no se pueda probar la intención discriminatoria”⁴². Más aun,

...los Estados no pueden subordinar o condicionar la observancia del principio de la igualdad ante la ley y la no discriminación a la consecución de los objetivos de sus políticas públicas, cualesquiera que sean éstas, incluidas las de carácter migratorio. Este principio de carácter general debe respetarse y garantizarse siempre.

⁴⁰ Ley 25.871 modificada por DNU, art. 70.

⁴¹ “Que el adecuado cumplimiento de dicho objetivo se ve seriamente dificultado por la actual duración de los procesos administrativos y judiciales en materia migratoria, los que atentan contra el debido proceso legal y pueden acarrear al Estado Nacional responsabilidad internacional, de conformidad con lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en reiterados fallos”. DNU 70/17, cons. 10.

⁴² Comisión Interamericana de Derechos Humanos, [Movilidad Humana: Estándares internacionales](#), OEA/Ser.L/V/II. Doc. 46/15, 31 de diciembre de 2015, párr. 191, citas omitidas.

Cualquier actuación u omisión en sentido contrario es incompatible con los instrumentos internacionales de derechos humanos⁴³.

La situación de desigualdad real en que se encuentran las personas migrantes “obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses”⁴⁴. Las modificaciones introducidas por el DNU al art. 86 de la Ley 25.871 hacen todo lo contrario.

7. CONCLUSIÓN

El reconocimiento de la independencia y autonomía del Ministerio Público de la Defensa a partir de la introducción del art. 120 de la Constitución Nacional en 1994 es fundamental para garantizar el derecho a una defensa técnica eficaz. La Ley 25.871, por su parte, significó un gran avance para el reconocimiento de los derechos de las personas migrantes, desde el mismísimo derecho a migrar hasta las diversas garantías del debido proceso, incluyendo el acceso a asistencia jurídica gratuita⁴⁵. Por tal motivo, es “reconocida nacional e internacionalmente como una pieza normativa modelo”⁴⁶.

Las modificaciones introducidas por el DNU al art. 86 de la Ley 25.871 constituyen un significativo retroceso tanto para la autonomía del MPD como para los derechos de las personas migrantes.

⁴³ Corte IDH, [Opinión Consultiva OC-18/03](#). Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Decisión de 17 de septiembre de 2003, párr. 172.

⁴⁴ Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. [Opinión Consultiva OC-18/03](#), 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 121.

⁴⁵ Ver de Llano (2013, 73) y Hines (2010, 471-511).

⁴⁶ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, [Impacto del procedimiento de solución amistosa](#), OEA/Ser.L/V/II. Doc. 45/13, 18 de diciembre de 2013, párr. 181.

BIBLIOGRAFÍA

Braccacini, Fernando y Leonel González. 2016. Ministerio Público. En: *Comentarios de la Constitución de la Nación Argentina. Jurisprudencia y Doctrina: Una Mirada Igualitaria, Tomo I*. Gargarella, Roberto y Guidi, Sebastián (Coords.). Buenos Aires: La Ley.

De Llano, Hernán. 2013. El acceso a la justicia de los migrantes en la Argentina. [Revista del Ministerio Público de la Defensa. N° 8.](#)

Gelli, María Angélica. 2011. Artículo 120. Garantías constitucionales del Ministerio Público. *Constitución de la Nación Argentina Comentada y Concordada, Tomo II*. 4ta ed. ampliada y actualizada. Buenos Aires: La Ley.

Hines, Barbara. 2010. [The right to migrate as a human right: The current Argentine Immigration Law](#). Cornell International Law Journal. Vol. 43.

Martínez, Stella Maris. 2014. *La autonomía de la Defensa Pública como garantía del derecho a una defensa técnica eficaz*. [Revista del Ministerio Público de la Defensa. N° 9, 20 años de autonomía.](#)

Monclús Masó, Marta. 2016. Derecho a migrar y derechos de los migrantes en la Argentina. En: *Comentarios de la Constitución de la Nación Argentina. Jurisprudencia y Doctrina: Una Mirada Igualitaria*. Tomo I. Gargarella, Roberto y Guidi, Sebastián (Coords.). Buenos Aires: La Ley.