



*Procuración Penitenciaria  
de la Nación*

17 NOV 2016

Buenos Aires,  
Ref. Expte. N° 9939

**RECOMENDACIÓN SOBRE ACCESO A LA INFORMACIÓN RELATIVA A LAS PERSONAS EXTRANJERAS RETENIDAS EN EL MARCO DE LA APLICACIÓN DE LA LEY N° 25.871**

**VISTO**

Que esta Procuración Penitenciaria de la Nación a efectos de poder cumplir con las facultades propias establecidas por la Ley N° 25.875 y ampliadas por la Ley N° 26.827 como organismo responsable de la protección de los derechos humanos de las personas privadas de libertad, en cualquier lugar y dependientes de autoridad nacional o federal, precisa acceder a información completa y confiable acerca de las personas extranjeras que se encuentran retenidas en el marco de la Ley de Migraciones 25.871.

**Y RESULTA**

I. Que de acuerdo al marco jurídico establecido por la Ley de Migraciones 25.871 y su Decreto Reglamentario N° 616/2010, la Dirección Nacional de Migraciones (DNM) se encuentra habilitada para solicitar a la autoridad judicial competente que ordene la retención de una persona extranjera en ciertos casos específicos, a fin de asegurar la efectivización de su expulsión del territorio nacional.

En este sentido es importante destacar que si bien la normativa menciona el término retención, es un eufemismo para referir a una detención por una infracción administrativa. En rigor se trata de una medida privativa de libertad.

Que en particular el artículo 70 de la Ley de Migraciones y del Decreto son los que reglamentan el instituto de la retención, estableciéndola como una medida cautelar aplicable de forma excepcional, con requisitos de forma y plazos de duración.

Así pues, en cuanto a la procedencia, en principio la retención solo podrá implementarse cuando la orden de expulsión se encuentre "firme y consentida", es decir, una vez agotadas todas las instancias administrativas o judiciales previstas para impugnar el acto de expulsión, y al solo y único efecto de cumplir una orden de expulsión.



*Procuración Penitenciaria  
de la Nación*

Esa orden de retención debe estar debidamente fundada, deberá contener una identificación precisa de la persona respecto de quien se solicita la medida y acompañar la resolución de expulsión con aquellas constancias que acrediten que se encuentra firme y consentida.

En este supuesto, y según dispone el Reglamento la retención podrá extenderse por el plazo de 15 días siendo prorrogable por 30 días más, solo si la expulsión no ha podido efectuarse por causas ajenas a la autoridad migratoria y si a su vez hay motivos particulares para no liberar provisoriamente a la persona extranjera próxima a expulsar. Además, la DNM deberá presentar ante el juez, un informe cada 10 días detallando los motivos que fundaren la utilización de la referida prórroga. Con respecto a la duración, se establece que en rigor no podrá exceder el tiempo estrictamente indispensable para hacer efectiva la expulsión de la persona extranjera.

Asimismo se instituye que una vez producida la retención se dará inmediato conocimiento de la privación de libertad al Juzgado que hubiere dictado la misma.

Por su parte, para los casos en que la orden de expulsión no se encuentre firme y consentida la retención solo será aplicable en forma excepcional y cuando las características del caso lo justificaren, si existen circunstancias objetivas que hagan presumir que la persona extranjera eludirá la medida de expulsión.

En este supuesto excepcional, la solicitud de retención que se remita a la autoridad judicial deberá efectuar una descripción precisa de las pautas que acrediten tal situación, acompañar los elementos documentales si los hubiere, que las corroboren, e indicar el plazo de duración requerido.

En cuanto a lo que se considera por "circunstancias objetivas" la norma realiza una enunciación de 3 pautas concretas a ser analizadas a efectos de evaluar la existencia del riesgo al incumplimiento: el arraigo de la persona extranjera en el territorio nacional -domicilio determinado, residencia habitual, asiento de la familia y de sus negocios o trabajo-; las circunstancias y la naturaleza del hecho por el cual se ordena su expulsión; y el comportamiento de la persona durante el procedimiento administrativo que precedió a la orden de expulsión.

Sumado a estos lineamientos establecidos respecto de las circunstancias que pueden dar lugar a la retención de una persona extranjera sin orden de expulsión firme y consentida, también el Reglamento del artículo 70 pone en cabeza de la autoridad migratoria el deber de "*presentar un informe al órgano judicial interviniente, cada 10 días, detallando el avance del procedimiento administrativo respectivo y las razones que justifican la subsistencia de la medida en el caso concreto*".



*Procuración Penitenciaria  
de la Nación*

Producida la retención excepcional, la autoridad de aplicación -DNM- deberá dar inmediato conocimiento a los Juzgados Nacionales de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal o a los Juzgados Federales del interior del país, según corresponda (art. 98).

II. Que la retención, como medida privativa de la libertad, debe ser ordenada y controlada por una autoridad judicial para garantizar su legalidad. En este sentido, esta Procuración Penitenciaria considera que la retención de extranjeros sólo debería ser dispuesta por la autoridad judicial en el marco de una audiencia contradictoria donde siempre se garantice el derecho de defensa y asistencia letrada, a los efectos de respetar los estándares de la Convención Interamericana de Derechos Humanos y los criterios que estableció la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Vélez Loor vs. Panamá.

III. La retención migratoria, en tanto privación de libertad, debe estar sujeta a monitoreo por parte del Mecanismo Nacional de Prevención previsto en el Protocolo Facultativo del Convenio contra la Tortura de la ONU.

En este sentido, el acceso a la información sobre las personas privadas de libertad, el funcionamiento de los espacios de detención y de las condiciones de encierro en que son alojadas durante la retención, resulta fundamental para el desarrollo de las competencias establecidas por la normativa vigente a esta Procuración Penitenciaria.

Además, una información rigurosa resulta de suma utilidad a las distintas agencias del Estado para la elaboración de estrategias de intervención así como para la planificación de políticas públicas tendientes al mejoramiento a corto, mediano y largo plazo de las condiciones de encierro bajo la modalidad de detención migratoria.

Por ello, el Estado Nacional, a través de la DNM y otras instituciones del Poder Ejecutivo, debe tener bajo su cargo la función básica de producir y publicar información confiable acerca de las personas extranjeras retenidas en todos los lugares que pudieran emplearse para practicar el encierro, dentro del territorio nacional.

Además, resulta indispensable que cada retención que se produzca, sea inmediatamente notificada a la Procuración Penitenciaria, facilitándose asimismo la consulta irrestricta del expediente administrativo en el que tramita la orden de expulsión y la solicitud judicial de detención migratoria.

Ello en tanto, para la Procuración Penitenciaria, como organismo responsable de la protección de los derechos humanos de las personas detenidas, en cualquier



*Procuración Penitenciaria  
de la Nación*

lugar y dependientes de autoridad nacional y federal, resulta sumamente necesario acceder a información completa y confiable acerca de las personas privadas de libertad cuyos derechos tiene la misión de proteger. Particularmente si se considera la competencia de la Procuración Penitencia como parte del Sistema Nacional de Prevención de la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, desde la sanción de la Ley N° 26.827.

Esta Procuración Penitenciaria considera que la ausencia de información confiable acerca de todas las personas que se encuentran privadas de libertad en Argentina debe ser corregida en forma urgente, pues dicha omisión genera riesgo de desaparición forzada y de otras graves vulneraciones de derechos de estas personas.

Para paliar la ausencia de información oficial, así como para cumplir más eficazmente su misión de protección de derechos de las personas presas, la Procuración Penitenciaria solicita constantemente informes a las autoridades administrativas que tienen la responsabilidad de gestionar esta modalidad de encierro.

Por lo hasta aquí expuesto, y por la necesidad de fortalecer el control jurisdiccional de la detención migratoria como así también de los lugares de encierro empleados a tales fines, por parte de los organismos competentes y de la sociedad civil en general, es que la comunicación y publicación de la información relativa a las personas extranjeras retenidas resulta indispensable.

**Y CONSIDERANDO**

Que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ya se ha manifestado – mediante su OC 18/03- respecto de la discrecionalidad de los Estados al momento de fijar sus políticas migratorias, y de su potestad de *“establecer mecanismos de control de ingreso a su territorio y salida de él con respecto a personas que no sean nacionales suyas, siempre que dichas políticas sean compatibles con las normas de protección de los derechos humanos establecidos en la Convención Americana”*. Así pues, y en la materia que nos ocupa, se debe también considerar que –en palabras de la misma Corte - *“los migrantes indocumentados o en situación irregular han sido identificados como un grupo en situación de vulnerabilidad, ‘pues son los más expuestos a las violaciones potenciales o reales de sus derechos’ y sufren, a consecuencia de su situación, un nivel elevado de desprotección de sus derechos’*.

Con posterioridad, en el año 2010 y en el caso *“Vélez Loor vs. Panamá”*, dicha Corte sentó las bases de jurisprudencia para guiar los casos donde se dirimen asuntos



*Procuración Penitenciaria  
de la Nación*

migratorios, estableciendo que los Estados deben garantizar, sin discriminación, el derecho de acceso a la justicia. En este sentido, remite a la necesidad de que las retenciones cumplan con las garantías previstas en el artículo 7 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), más específicamente a su apartado 5 que dispone " *Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio*". Sobre esta cuestión, el Grupo de Trabajo sobre Detención Arbitraria<sup>1</sup> ha establecido que en cuanto a la privación de libertad de una persona en situación migratoria irregular " *la ley deberá prever un plazo máximo de retención que en ningún caso podrá ser indefinido ni tener una duración excesiva*". Ello a fin de establecer límites claros que acoten la actuación de la autoridad migratoria y su uso indebido de la detención de personas extranjeras, y de la consecuente transformación de la retención en una medida punitiva.

Retomando la jurisprudencia de la Corte, dispuso respecto a la orden de detención, que debe ser muy preciso el fundamento jurídico razonado y objetivo sobre la procedencia y necesidad de dicha medida, estableciendo un plazo de duración determinado. A su vez que en los casos que la detención sea ordenada por una autoridad administrativa, la revisión por parte de un juez es un requisito fundamental para garantizar un adecuado control y escrutinio de los actos de la administración.

La Corte también consideró que en procedimientos administrativos o judiciales en los cuales se pueda adoptar una decisión que implique la deportación, expulsión o privación de libertad, la prestación de un servicio público gratuito de defensa legal a favor de éstas es necesaria para garantizar el debido proceso.

Finalmente, la Corte consideró que si bien los Estados tienen la facultad de controlar y regular el ingreso y permanencia de personas extranjeras en su territorio, la finalidad de imponer una medida punitiva al migrante que reingresara de manera irregular al país tras una orden de deportación previa, no constituye una finalidad legítima de acuerdo a la Convención. El Tribunal consideró que la detención de personas por incumplimiento de las leyes migratorias nunca debe ser con fines

---

<sup>1</sup> Naciones Unidas, Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, Informe del Grupo, Anexo II, Deliberación No. 5: Situación relativa a los inmigrantes o a los solicitantes de asilo, 1999, E/CN.4/2000/4, Principio 7.



*Procuración Penitenciaria  
de la Nación*

punitivos, sino una medida cautelar excepcional cuando fuere necesario y proporcionado en el caso en concreto a los fines de asegurar la comparecencia de la persona al proceso migratorio o garantizar la aplicación de una orden de deportación.

Que en el plano nacional, Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal en la causa "SHI Qiuxia y otros s/habeas corpus", también reconoció la importancia del control judicial que sobre las retenciones debe realizarse. En el fallo, los Dres. Hornos y Borinsky consideraron que el habeas corpus resulta una vía idónea para garantizar el control judicial de la expulsión. A la vez, entendieron que la retención reviste carácter excepcional, por lo que debe ser debidamente fundada, y que su tiempo de duración no puede exceder del indispensable para hacer efectiva la expulsión. Por último, señalaron que las retenciones deben cumplir con todas las garantías constitucionales que rigen respecto de cualquier detención y que se debe efectuar un control judicial adecuado, analizando las circunstancias del caso en relación con los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad de una medida de excepción de carácter cautelar, como lo es la retención de un extranjero.

Ciertamente, para poder asegurar el cumplimiento de los lineamientos jurisprudenciales establecidos es preciso contar con la información necesaria.

El derecho a la información se encuentra consagrado en numerosos instrumentos internacionales de Derechos Humanos con jerarquía constitucional por imperativo del artículo 75 inciso 22 de nuestra Constitución Nacional. En este sentido, los tratados incorporados al plexo normativo<sup>2</sup> establecen la relevancia de la difusión de la información y la obligación de los Estados de garantizar el ejercicio de este derecho. Las únicas limitaciones excepcionales admitidas que deben estar establecidas previamente por la ley para el caso que exista un peligro real e inminente que amenace la seguridad nacional en sociedades democráticas". Entonces bien, el acceso a la información en poder del Estado es un derecho fundamental y uno de los pilares básicos de las democracias y al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que "*es posible afirmar que una sociedad que no está bien informada no es plenamente libre*".<sup>3</sup>

---

<sup>2</sup> Artículo 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo IV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, artículo 13.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, entre otros.

<sup>3</sup> CIDH, OC 5/85, Serie A. Nº 5, párr. 70



## *Procuración Penitenciaria de la Nación*

Con relación a la regulación del derecho a la información en el plano nacional, por medio de la Ley N° 27.275 promulgada por el Decreto N° 1.044/2016, ambas normas publicadas en el Boletín Oficial del 29/09/16, se establecieron los lineamientos del acceso a la información pública. El objetivo de la ley es garantizar el efectivo ejercicio del derecho de acceso a la información pública, promover la participación ciudadana y la transparencia de la gestión pública. La norma se funda entre otros principios en la presunción de publicidad, transparencia y máxima divulgación, máximo acceso, apertura, control y responsabilidad. Incluye entre los sujetos obligados a la administración pública nacional, quedando así incluida la Dirección Nacional de Migraciones. Se presume pública toda información que generen, obtengan, transformen, controlen o custodien los sujetos obligados.

Por si este marco normativo no resultara suficiente para que la Dirección Nacional de Migraciones cumpla con el deber de informar, la Ley N° 25.875 que institucionaliza a esta Procuración Penitenciaria en el ámbito del Poder Legislativo de la Nación, reconoce expresamente un irrestricto acceso a la información al establecer en su artículo 18 que *"Todos los organismos pertenecientes a la Administración Pública Nacional, personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, están obligadas a prestar colaboración con carácter preferente al Procurador Penitenciario en sus investigaciones o inspecciones"* y que *el Procurador Penitenciario está facultado para "(...) solicitar expedientes, informes, documentos, antecedentes y todo otro elemento que estime útil para satisfacer el cometido que tiene asignado"*. Por otro parte, el artículo 21 establece que *"Todo aquel que entorpezca o impida la efectivización de una denuncia ante el Procurador Penitenciario u obstaculice sus investigaciones, mediante la negativa o excesiva dilación en el envío de los informes requeridos, o impida el acceso a expedientes o documentación necesaria para el curso de la investigación, incurrirá en el delito que prevé el artículo 240 del Código Penal"*. A la vez establece en su artículo 1° que el ejercicio de sus funciones de protección de los derechos humanos de las personas presas bajo jurisdicción federal se realizara sin recibir instrucciones de ninguna autoridad.

Además, con la sanción de la Ley N° 26.827 de creación del Sistema Nacional de Prevención de la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, sancionada el 28 de Noviembre de 2012, fortalece las funciones de control y monitoreo de la Procuración Penitenciaria, designando a esta institución como *"(...) mecanismo de prevención de la tortura (...) en todos los lugares de detención dependientes de autoridad nacional y federal"* (art. 32). Además, la ley *"(...) promueve el*



*Procuración Penitenciaria  
de la Nación*

*fortalecimiento de las capacidades de los organismos estatales y no estatales que desempeñan funciones vinculadas con el monitoreo de los lugares de detención y la defensa de los derechos de las personas privadas de su libertad. En ninguna circunstancia podrá considerarse que el establecimiento del Sistema Nacional de Prevención de la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes implica una restricción o el debilitamiento de esas capacidades” (art. 5.a). También reconoce entre sus funciones principales la de “Recopilar y sistematizar información de todo el Sistema Nacional de Prevención de la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, así como de cualquier otra fuente que considere relevante, sobre la situación de las personas privadas de libertad en el territorio de la República Argentina, organizando las bases de datos propias que considere necesarias” (art. 7.c).*

Vale recordar que esta ley fue sancionada en el marco de la ratificación por parte de Argentina del Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. El referido Protocolo establece algunos requisitos que deberán cumplir dichos mecanismos, entre los que destaca la independencia funcional y una serie de facultades y atribuciones para el desempeño de su cometido (arts. 17 a 23). En particular, el art. 20 punto “b” del Protocolo establece que “(...) con el fin de permitir a los mecanismos nacionales de prevención desempeñar su mandato, los Estados Partes en el presente Protocolo se comprometen a concederles: Acceso a toda información relativa al trato de estas personas y a las condiciones de su detención”. Este compromiso debe ser cumplido por parte de todos los poderes del Estado, incluyendo en particular al Poder Ejecutivo Nacional.

**Por todo ello,**

**EL PROCURADOR PENITENCIARIO DE LA NACION**

**RESUELVE:**

- 1) Recomendar al Director Nacional de Migraciones que arbitre los medios necesarios a fin de informar inmediatamente a la autoridad judicial correspondiente, a la Defensoría General de la Nación y a esta Procuración





*Procuración Penitenciaria  
de la Nación*

Penitenciaria de la Nación cuando se proceda a la retención de una persona extranjera en el marco de la aplicación de la Ley N° 25.871.

2) Recomendar al Director Nacional de Migraciones que arbitre los medios oportunos para garantizar un acceso irrestricto a esta Procuración Penitenciaria a los expedientes administrativos donde tramiten órdenes de expulsión de extranjeros y que puedan comportar la retención cautelar de los mismos.

3) Recomendar al Director Nacional de Migraciones que arbitre los medios oportunos para garantizar la existencia de bases de datos confiables de las personas retenidas, así como la publicación periódica de información estadística sobre la cantidad de personas retenidas, los lugares empleados a tal efecto, las órdenes de expulsión dictadas y las expulsiones ejecutadas.

4) Recomendar a las autoridades de las policías migratorias auxiliares –Policía Federal, Prefectura Naval Argentina, Gendarmería Nacional Argentina, Policía de Seguridad Aeroportuaria- que alojen a personas extranjeras en calidad de retenidas, sobre la necesidad de corroborar previo a la recepción de estas personas la existencia de una orden judicial que ordene tal retención.

5) Poner en conocimiento de la presente recomendación al Sr. Ministro del Interior, Obras Públicas y Vivienda.

6) Poner en conocimiento de la presente recomendación al Sr. Ministro de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

7) Poner en conocimiento de la presente recomendación a la Sra. Ministra de Seguridad de la Nación.

8) Poner en conocimiento de la presente recomendación a la Sra. Defensora General de la Nación.

9) Poner en conocimiento de la presente recomendación a los integrantes de la Cámara Federal de Casación Penal

10) Poner en conocimiento de la presente recomendación a los integrantes de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal



*Procuración Penitenciaria  
de la Nación*

11) Poner en conocimiento de la presente recomendación a los magistrados de los 12 Juzgados Contencioso Adm nistrativos Federales

12) Regístrese y archívese.

RECOMEDACIÓN N° 847 / PPN/Xa

FRANCISCO M. MORALES  
PRESIDENTE  
DE LA NACIÓN