

El derecho migratorio en Argentina

Perspectivas y dilemas actuales en relación con el procedimiento administrativo y el proceso judicial en materia de movilidad humana internacional

Por Paula Carello

“No se cumple con la ley con respetarla en su forma, pero no en su fin; toda norma jurídica tiene una virtud: su justicia, porque si el derecho no es justo ha de ser repudiado, aunque obedecido sólo por temor y desgraciado el pueblo que respeta las instituciones sólo por temor al castigo”.

Roberto Enrique Luqui

Resumen. En este artículo presento algunos de los desafíos actuales más relevantes en materia de derecho migratorio argentino, vinculados a la implementación de la normativa vigente, y su tratamiento en sede administrativa y el ámbito judicial, como así también, de políticas públicas. A modo introductorio, hago referencia a ciertas cuestiones que podrían decirse “generales”, como ser la opción de creación de un fuero específico federal –mencionado en la ley y discutido a nivel académico y en espacios de práctica profesional–, y a la idea de restringir la migración a ciertas categorías de personas migrantes, que parece venir instalándose en el contexto local, en algunas esferas de poder, desde hace algún tiempo. Seguidamente, hago referencia a los inconvenientes que implica el acceso irrestricto a los expedientes migratorios en la web del Poder Judicial de la Nación. Ulteriormente, abordo cuestiones más operativas, relacionadas a la tramitación de expedientes administrativos (asistencia jurídica gratuita y derecho a intérprete; notificación; asistencia consular; silencio; etc.) y judiciales (retención como medida cautelar frente a la expulsión, medios de prueba). También hago mención, a lo largo del artículo, a diversas cuestiones vinculadas al DNU 70/2017 (que modificó la ley de migraciones) el cual, si bien ha sido derogado en 2023, sigue impactando en los expedientes y las vidas de muchas personas migrantes. Como conclusión menciono que, si bien la normativa migratoria vigente actualmente ha servido a lo largo de las últimas dos décadas (desde su sanción) para abordar los desafíos de la migración internacional de manera eficaz, una posible y eventual modificación podría servir para actualizar ciertas cuestiones que no fueron abordadas correctamente en 2004, innovando, mejorando y corrigiendo. Asimismo, sugiero que la correcta gestión de la Dirección Nacional de Migraciones, en tanto organismo encargado de aplicar la Ley de Migraciones, podría contribuir a mejorar ampliamente los procesos administrativos y disminuir la carga judicial, haciendo mención, en este respecto, al derecho a la buena Administración, gestado en Europa. En varios apartados, menciono someramente algunas cuestiones vinculadas a la Ley Bases y su reglamentación, así como su impacto en el procedimiento administrativo migratorio, tema que ampliaré en un escrito ulterior, pronto a publicar.

Palabras clave: migración, expulsión, derecho migratorio, notificación, silencio, amparo, retención, política migratoria, Poder Judicial, Argentina.

Introducción

La Ley de Migraciones 25.871, sancionada en 2004 por unanimidad, tras haber sido precedida de un proceso participativo y dinámico que llevó a su elaboración, ha sido celebrada por muchos, durante veinte años, a nivel nacional e internacional, por su perfil garantista y progresista en relación con el abordaje de la cuestión de la movilidad humana internacional¹.

A lo largo de sus dos décadas de vida, dicha norma ha servido a diversos propósitos, llevados adelante por la vía reglamentaria y de políticas públicas: desde programas de regularización migratoria (para extranjeros “extra Mercosur”, por intermedio del decreto 1169/04; para mercosurinos, con el “Patria Grande” en 2006; para senegaleses y dominicanos en 2013, y nacionales de países miembros de la Comunidad del Caribe (CARICOM) y República Dominicana y República de Cuba en 2022, y el actualmente vigente para nacionales de la República Bolivariana de Venezuela, entre otros); vías de facilitación de ingreso humanitario (visado humanitario para ciudadanos sirios de 2014, con el “Programa Siria” y para ucranianos en 2022), hasta el desarrollo de visas novedosas como la de “nómades digitales” (también en 2022).

A su vez, al margen del foco puesto en la regularización migratoria y en cuestiones humanitarias, la normativa posee mecanismos de protección de la seguridad nacional, ya que restringe el ingreso y permanencia en el país a personas que poseen antecedentes penales de relevancia (ver CSJN, “Barrios Rojas”).

En el año 2017, la ley 25.871 fue modificada por un Decreto de Necesidad y Urgencia (DNU) que la tornó más restrictiva. El objetivo principal de dicha normativa, según las declaraciones oficiales, era el de acortar los plazos de los procedimientos administrativos y los procesos judiciales en materia migratoria, en particular, los vinculados a expulsiones del país de personas migrantes. Así, se instauró un procedimiento migratorio especial de carácter sumarísimo² por medio del cual, entre otras modificaciones, se eliminaron dos vías recursivas a nivel administrativo (el recurso de reconsideración y el dealzada), se acortaron los plazos de interposición del recurso jerárquico (tres días, en lugar de quince) y del recurso judicial (de treinta, a tres días), modificando también la habilitación de la instancia (por parte de la Dirección Nacional de Migraciones, que debía presentar a la Justicia un Informe Circunstanciado, al elevar las actuaciones). En marzo de 2021, otro DNU (n° 138) derogó el n° 70/17, restituyendo la vigencia de la ley 25.871 en su texto original.

El derecho migratorio es un área aún muy poco estudiada y desarrollada en nuestro país³. La materia no es objeto de estudio ni enseñanza en la carrera de

¹ Especialmente, en contraposición con la normativa que la precedió: el decreto-ley 22.439 de Migraciones y Fomento de la Inmigración, conocida como “Ley Videla” que, entre otros, preveía la posibilidad de expulsar del país a las personas extranjeras sin posibilidad de recurrir judicialmente, la decisión administrativa (conf. art. 80 “la decisión del Ministerio del Interior causará ejecutoria, no existiendo ulterior recurso”).

² Duramente criticado por organismos nacionales e internacionales de derechos humanos, por atentar éste contra las garantías básicas del debido proceso.

³ No así en otros países, como Estados Unidos, Canadá, o a nivel de la Unión Europea, en los cuales la materia es objeto de estudio a nivel de grado y posgrado, existen especializaciones y maestrías, longevas asociaciones de abogados especializados y vasta doctrina.

Derecho a nivel de grado y la doctrina no abunda. Consecuentemente, esta rama o área del conocimiento se construye y desarrolla a partir de la casuística, así como las diversas posiciones de los actores/sujetos intervinientes: personas migrantes y sus representantes (abogados de la defensa), Dirección Nacional de Migraciones (DNM y sus representantes) y jueces federales.

El presente trabajo tiene por objeto presentar algunos de los principales desafíos vinculados a la aplicación de la ley 25.871, tanto a nivel administrativo, como judicial, aportando ideas de (re)solución conforme a estándares y buenas prácticas internacionales. Los datos aquí vertidos están basados en mi experiencia en la práctica de esta rama del derecho como abogada particular, complementados por notas de actualidad, doctrina y jurisprudencia relevante⁴.

Quizás algunas de las cuestiones resaltadas en el presente escrito puedan alimentar futuros cambios normativos y de políticas públicas o, simplemente, aportar algo de claridad y visibilidad en la materia.

1. Fuero aplicable: ¿Necesidad de un fuero migratorio específico? Diferencias de criterio entre tribunales: ¿Problema o solución?

El art. 98 de la ley 25.871 indica que serán competentes para entender en lo dispuesto en los Títulos V (legalidad e ilegalidad de la permanencia) y VI (materia recursiva) los Juzgados Nacionales de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal (en la capital federal) o los Juzgados Federales del interior⁵ del país, “hasta tanto se cree un fuero específico en materia migratoria”. La idea detrás de la creación de un fuero específico fue la de contar con funcionarios judiciales especializados en una materia compleja y sensible. Conforme resalta el Lic. Giustiniani⁶, “al igual que en el fuero laboral, siempre un fuero específico va a tener mayor conocimiento y sensibilidad con migrantes”. A la fecha, dicho fuero específico no existe en nuestro país (sí existe en otros, como Estados Unidos⁷). Cabría preguntarse, actualmente, si un fuero especializado en la materia aportaría algo a la cuestión, en pos del interés nacional y el bien común.

Desde mi punto de vista, si bien la materia requiere de una cierta especialización para su correcto y justo abordaje, no creo que la creación de un nuevo fuero pueda aportar algo más que un importante gasto económico al Estado argentino, sin mayores implicancias prácticas positivas. En un momento político en el que se intenta

⁴ La presentación de los temas es relativamente sucinta. Cada tema podría ser abordado de modo mucho más amplio y minucioso, debido a su complejidad.

⁵ Considero que debe reverse la utilización del concepto “interior” del país (por oposición a la Capital Federal, que no sería propiamente el “exterior”) en ámbitos políticos y académicos. Pienso que debemos trabajar sobre un modelo federal, y, en esta materia, dicho federalismo se hace aún más patente y necesario, pues las cuestiones que toca nos atraviesan de norte a sur y de este a oeste, por igual. Se requieren soluciones y abordajes armónicos y con una visión de “todo” y no de “centro” y periferia.

⁶ Autor de la Ley de Migraciones (quien la votase en calidad de diputado –inicialmente– y de senador nacional –ulteriormente–), consultado para la redacción del presente escrito.

⁷ Ver, al respecto: www.justice.gov/eoir/office-of-the-chief-immigration-judge.

reducir el gasto público, pensar en dar vida a un fuero específico para un tema que no conlleva un gran número de causas (y que es, en definitiva, derecho administrativo), no parece ser muy razonable. Más aun teniendo en consideración que se trata de una materia federal y que debería haber jueces a lo largo y ancho del país con competencia material en el asunto. Tengo la impresión de que los defensores actuales del “fuero migratorio” lo ven más como una forma de “acomodar” políticamente a sus allegados y aliados, que como un mecanismo para solucionar o abordar de manera más eficiente y eficaz la temática.

Aunado a lo antedicho, pienso que muchas de las cuestiones migratorias que arriban a sede judicial podrían resolverse con un correcto abordaje a nivel administrativo, incluso acotándose más aún la litigiosidad. Es decir, creo, fervientemente, que es necesario mejorar la gestión de la Dirección Nacional de Migraciones⁸ (DNM, de aquí en adelante), en lugar de crear nuevas estructuras para resolver situaciones problemáticas (problemas que la misma DNM tiende a generar, por su deficiente accionar). Surge aquí el “derecho a la buena administración”, mencionado por la doctrina norteamericana y traído a la nuestra por autores como Gutiérrez Colantuono (2022).

Vinculada a la cuestión anterior, está la de la “uniforme jurisprudencia” de los fueros intervinientes, que el DNU 70/17 pregonaba “a fin de evitar que diferentes interpretaciones de la ley 25.871 dilaten los procesos” (de expulsión del país). Como se puede ver a nivel jurisprudencial, la visión de los jueces de Cámara del fuero Contencioso Administrativo Federal (y de los tribunales federales en general) en torno al tema, varía ampliamente. Así, se observan disidencias y diferencias de criterio, frecuentemente. Considero que ello es positivo y natural a la función judicial, pues las diferencias de criterios y visiones brindan una amplitud importante a la materia y favorecen el desarrollo jurisprudencial y doctrinario, a futuro. La armonización de criterios (por vía ideológica y no jurídica) sólo empobrece nuestro sistema federal y republicano.

Si se intentara, de alguna manera, armonizar criterios a largo plazo, mi visión sería que todos los jueces abordasen la cuestión con un lente y perspectiva de derechos humanos, atendiendo a la dignidad de la persona humana y a los preceptos constitucionales y convencionales al momento de juzgar (y no una visión restringida y empobrecida, con supuesto foco en la seguridad nacional, u otras visiones restrictivas y contrarias a estándares internacionales, como se observa en algunos casos).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación debería ser, en última instancia, la que establezca los criterios aplicables a causas concretas, como lo ha hecho hasta ahora (siempre con una visión del caso concreto y evitando la utilización de planchas para la resolución de casos supuestamente similares o equivalentes). Lamentablemente, en los últimos años, el máximo tribunal ha adoptado una posición bastante restrictiva en la materia (ver García, 2023). En muchas oportunidades, es evidente la falta de formación y especialización en el tema por parte de los funcionarios, circunstancia que deriva –a mi criterio– en soluciones injustas, contradictorias e irrazonables.

⁸ Órgano de aplicación de la Ley de Migraciones (descentralizado, dentro de la órbita de la actual Secretaría de Interior –ex Ministerio del Interior–).

2. El “PJM”: ¿un sistema informático adecuado para resguardar la intimidad y seguridad de las personas migrantes (y refugiadas⁹)? Instrumentos públicos versus derecho a la intimidad y seguridad personal Reserva de las actuaciones judiciales

Una práctica que me ha sorprendido y preocupado a través de los años es la de la publicidad (libre acceso) de los casos de migración (y asilo) en el sistema oficial del Poder Judicial de la Nación (PJM)¹⁰, en el cual se pueden visualizar las actuaciones administrativas¹¹ (de instancia de la DNM y el Ministerio/Secretaría del Interior) y judiciales (demanda, contestación, prueba, sentencia, etc.), sin restricciones. Desgraciadamente, “los expedientes de apelación de las órdenes de expulsión¹² no suelen ser reservados” (Muñoz, 2022). Con sólo tipear el apellido, el fuero y el año del expediente en el motor de búsqueda del PJM, quien rastrea la información referida a una persona migrante en particular (sea o no abogado/procurador/perito), puede acceder a una importante (y sensible) serie de datos¹³ del individuo en cuestión, sin necesidad de demostrar interés legítimo en la causa.

www.pjn.gov.ar

⁹ Hago mención a las personas “refugiadas”, puesto que (si bien su situación jurídica está regulada en una norma específica), la ley de migraciones hace referencia en su art. 23, inc. *k*, a la categoría de radicación otorgada a ellos, y a otras personas en busca de protección internacional, o que presentan razones humanitarias (inc. *m*) y, también, puesto que sus casos a nivel judicial siguen el mismo sistema que el de las personas migrantes (suelen ser accesibles por consulta pública).

¹⁰ www.pjn.gov.ar.

¹¹ Los expedientes electrónicos migratorios (en sede administrativa) no son de libre acceso (sólo el interesado puede tomar vista de sus actuaciones –o su apoderado o letrado patrocinante–). Sin embargo, una vez en vía judicial, es frecuente que el expediente administrativo migratorio se integre completamente a las actuaciones judiciales, como antecedentes.

¹² Que suelen ser los más sensibles, por las condiciones que involucran (a diferencia de otros de materia también migratoria, vinculados con ejecuciones fiscales de multas a empleadores o transportistas, por ejemplo).

¹³ Como su dirección, número de teléfono, ingresos económicos, motivos de permanencia en el país o de persecución en su país de origen; o también, en algunos casos, temas vinculados a identidad de género, problemas de salud, de violencia de género, etc. Conforme el art. 2 de la ley 25.326, los datos sensibles son aquellos datos personales “que revelan el origen racial y étnico, opiniones políticas, convicciones religiosas, filosóficas o morales, afiliación sindical e información referente a la salud o a la vida sexual” de una persona. Se trata de datos personales especialmente protegidos, y nadie puede obligar a la persona a brindarlos (sin embargo, dichos datos, en la práctica, se hacen públicos a través del PJM).

Los expedientes administrativos¹⁴ y judiciales son instrumentos públicos. Respecto de los expedientes judiciales, el principio general es el de su publicidad (no así en los expedientes administrativos, cuyo acceso –vista– sólo se permite a los interesados y/o sus apoderados o letrados patrocinantes, conforme lo antedicho).

Sin embargo, considero que en ciertos procesos judiciales migratorios y de asilo (al igual que en los de familia¹⁵), se debería prever la reserva de las actuaciones, de manera automática y de oficio¹⁶. Al menos, en los casos más evidentes, como los que involucren a víctimas del delito de trata de personas o del tráfico ilícito de migrantes¹⁷, individuos en busca de protección internacional y otras¹⁸, o los casos que involucren el interés superior del niño (ej. frente a la potencial expulsión de sus progenitores). Así, cabe resaltar lo mencionado en el art. 164 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, en lo referido a sentencias de segunda o ulterior instancia, donde se prevé la posibilidad de reservar los textos en los casos en que la naturaleza del juicio o cuestiones de decoro así lo aconsejaran¹⁹.

Por su parte, el art. 63 del Reglamento para la Justicia Nacional aclara que tendrán acceso a los expedientes: inc. a) “las partes, sus abogados, apoderados, representantes legales, los peritos”; inc. b) “cualquier abogado, escribano o procurador aunque no intervenga en el juicio”; inc. c) “los periodistas”. Asimismo, el art. 64 menciona los “expedientes reservados”, entre los que se encuentran los que “contengan actuaciones administrativas que tengan carácter reservado” (inc. a) y “los expedientes referidos a cuestiones de derecho de familia..., así como aquellos cuya reserva se ordene especialmente” (inc. b).

Podría argumentarse que, tratándose de situaciones o relaciones jurídicas de derecho público (ej. rechazos de solicitudes de residencias o permisos de ingreso, órdenes de expulsión del país, etc.), “la sociedad toda” tiene o tendría un interés

¹⁴ Ver art. 7, decreto reglamentario de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos (LNPA), n° 1759.

¹⁵ En los cuales conforme el art. 708 del Código Civil, “El acceso al expediente... está limitado a las partes, sus representantes y letrados y a los auxiliares designados en el proceso”.

¹⁶ Mi opinión es que todos los casos de migración y asilo deberían ser reservados (pero, si ello no es posible, al menos debería preverse la reserva automática de ciertas actuaciones de mayor sensibilidad).

¹⁷ Ver, al respecto, lo dispuesto por la ley 27.372, sobre Derechos y Garantías de las Personas Víctimas de Delitos, en su art. 8, que habla de reserva de las actuaciones, para neutralizar el peligro. Menciona: “En especial, podrá reservar la información sobre su domicilio o cualquier otro dato que revele su ubicación”.

¹⁸ Las solicitudes de reserva de las actuaciones migratorias y de asilo realizadas por abogados defensores son frecuentemente ignoradas por el Poder Judicial. Así, encontramos actuaciones vinculadas a casos migratorios y de asilo publicadas en su totalidad, en el PJN.

¹⁹ Fue así en los recientes casos: “C.G., A.” y “S.S., S.” contra la DNM, en los cuales, al menos someramente, se disminuyó el grado de exposición de las personas al no mencionar sus nombres en las carátulas, sino sólo sus iniciales (sin embargo, sus actuaciones judiciales son de público acceso, a quienes puedan, de alguna u otra manera, acceder a los números de expedientes). Lamentablemente, esta no es una práctica habitual, como he mencionado anteriormente.

legítimo en conocer los pormenores de la vida y la situación particular de la persona migrante en cuestión.

Ahora bien, siendo que las actuaciones penales son reservadas a quien ostente un interés legítimo en la causa (más allá que podría argumentarse que toda la sociedad necesita(ría) saber si fulano o mengano tiene un proceso en curso o fue condenado, así como los pormenores del caso, por su propia “seguridad”) y que ciertas medidas dictadas en el marco de un procedimiento migratorio configuran una suerte de derecho administrativo sancionador, ámbito en el cual, según parte de la doctrina (a la cual adhiero), se aplican los principios y garantías del derecho penal, ¿por qué no restringir el acceso a las actuaciones judiciales únicamente a quien ostente un interés legítimo, particular, también en estos casos? (v.gr., el empleador del extranjero, un socio comercial, el futuro cónyuge, sus hijos, sus herederos, etcétera).

En suma, creo que –en todos o, al menos, en los casos más complejos y sensibles–, deberían equipararse los expedientes migratorios a los de familia, penal u otros civiles en los cuales no existe libre acceso a las causas por parte de cualquier individuo, sino únicamente de personas con intereses legítimos o abogados (de las partes), procuradores, peritos, etc. A la vez, también me pregunto si la publicidad de las actuaciones también permite, de alguna manera, controlar al Poder Judicial (tanto en lo técnico, como en lo jurídico y lo ético) en su actuar. Sin concluir, en este punto, dejando la pregunta abierta al debate, me inclino a pensar en una situación intermedia en la cual se pueda resguardar de alguna manera la intimidad de las personas (protegiéndolas) y, a la vez, facilitar el control (de todos hacia todos) de un proceso justo, limpio, claro y transparente. Entiendo que es una construcción colectiva, y un sistema más eficaz (en todo sentido) al que debemos aspirar.

3. ¿Qué tipo de migración para la República Argentina? La perspectiva de la derecha francesa de “la migration choisie” en la escena política local actual y el potencial resurgimiento del DNU 70/17

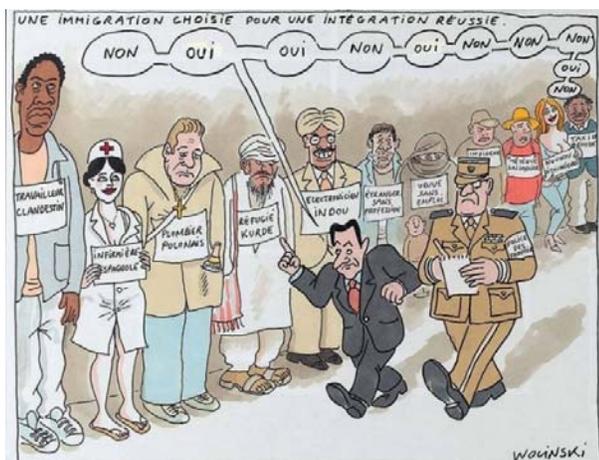
Los Estados “tienen el derecho soberano a determinar su propia política migratoria y la prerrogativa de regular la migración dentro de su jurisdicción, de conformidad con el derecho internacional”, (re)afirma el Pacto Mundial para una Migración Segura, Ordenada y Regular (2018), al cual Argentina ha adherido²⁰. Recientemente, han tenido eco en los medios de comunicación (por parte de personas vinculadas a la actividad política, principalmente) comentarios tales como “¿qué tipo de migración queremos para la Argentina?”. Además, en referencia a personas migrantes, se ha expresado que “vienen a delinquir (al país)”. Todo ello, acompañado de una serie de notas periodísticas que criminalizan a la población migrante (consecuentemente, estigmatizando a todo el colectivo, incluso con “discursos de odio”).

El discurso y la ideología de una “selección” de personas migrantes (desde el punto de vista del país de acogida), viene de la idea forjada en Francia²¹ de una “*migration choisie*” (migración elegida), que consiste en privilegiar, en relación al acceso y

²⁰ Pacto Mundial para una Migración Segura, Ordenada y Regular, 2018. Disponible en: www.colibro.org.ar/resources/original/institutos/Migratorio/Pacto%20Mundial.pdf.

²¹ Por el Primer Ministro Villepin y el Ministro del Interior Sarkozy, en 2005/2006.

la permanencia en el territorio, a las personas migrantes más útiles a la economía nacional (ej. trabajadores calificados) por sobre otras personas que son, de alguna manera, consideradas “desechables” (ej. personas en busca de protección internacional, de bajos recursos, o quienes ingresan por motivos familiares, entre otros), ajustando, en diversas medidas y modos, la ley y política migratoria a tales ideas.



Georges Wolinski²² Museo nacional francés de la historia de la migración

Al margen de la cuestión económica y de desarrollo²³, en la (s)elección (discriminación) de las personas migrantes que pueden ingresar al territorio nacional en calidad de residentes (transitorios, temporarios y permanentes) y permanecer en él, se presenta la de aquellas que cuentan con antecedentes penales en sus países de origen o de residencia anterior o hayan cometido delitos en Argentina. La normativa migratoria vigente, como ya se ha mencionado al inicio, cuenta con restricciones dirigidas a extranjeros que posean antecedentes penales de relevancia (ej. delito que merezca para la legislación argentina pena privativa de la libertad de tres años o más)²⁴. Al respecto, el DNU 70/17 eliminó toda distinción, prohibiendo de este modo ingresar o permanecer en el país a todo aquel que tuviese antecedentes penales “por delitos que merezcan según las leyes argentinas penas privativas de libertad” (sin importar su cuantía y aun habiéndolas cumplido). Así, caían en dicha categoría, por ejemplo, cuestiones vinculadas a mala praxis médica, delitos contra el honor, matrimonios ilegales, violación de secretos, delitos contra la libertad de prensa, cohecho, hurto simple, incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, etcétera.

²² Artista, nacido en Tunes en 1934 y fallecido en 2015, en los atentados contra el periódico Charlie Hebdo.

²³ Que es discutible, incluso en torno a datos reales (por ejemplo, hace algunos años, un informe del Departamento de Estado de Estados Unidos, demostró que el aporte económico de los migrantes irregulares era mayor a lo que éstos tomaban del gasto público –en seguridad social y salud–).

²⁴ Ver al respecto lo mencionado en el fallo “Apaza León”, sobre el alcance del art. 29, inc. c de la ley 25.871 (discusión acerca de si los 3 años son de pena mínima o máxima).

A nivel de derecho comparado, es posible hallar diversas normativas vinculadas al impacto de los antecedentes penales en la posibilidad (o no) de ingresar y residir legalmente en un país. La regla, claramente, es que emigrar resulta más dificultoso para aquellos con antecedentes penales –pero no imposible–. Sin embargo, la propia normativa ofrece una serie de “*weivers*”, “perdones” (dispensas), según el caso. En Europa, las personas que han cometido delitos menores, pero que no representan un problema de seguridad para la Unión, pueden acceder al territorio si pasan ciertos estándares y criterios (ver información referida al sistema ETIAS, en Francia). Estos países poseen variada regulación en la materia: mientras algunos, directamente no permiten el ingreso y permanencia de personas con antecedentes penales (o procesos en curso), otros lo autorizan, en tanto los delitos que hayan cometido fueran menores (hurto, vandalismo, conducción temeraria, traspaso a la propiedad sin autorización, posesión de marihuana, etc.).

La solución del DNU 70/17 (de prohibir el ingreso y permanencia a toda persona con antecedentes delictivos por delitos que merezcan según las leyes argentinas penas privativas de la libertad sin importar su cuantía²⁵) no resultó útil en el caso argentino, visto que se comprobó, en diversos casos, que las soluciones a las que se arribaban eran por demás irrazonables (ej. el caso emblemático de la enfermera Vanessa Gómez Cueva²⁶ o de deudores alimentarios expulsados).

Finalmente, con relación a este punto, creo conveniente resaltar otra cuestión: la distorsión de la realidad en la narrativa política. Un claro ejemplo es un reciente posteo de la ministra de Seguridad de la Nación, en el cual, refiriéndose a un ciudadano chino que estaba siendo expulsado a su país por el mecanismo del “extrañamiento” (art. 64, inc. a, ley 25.871), expresó: “Asesino chino. Su condena, a su país”, cuando en realidad las personas, al ser “extrañadas”, no continúan cumpliendo condenas en su país de origen²⁷. En los medios, estos dichos iban acompañados de una imagen de la persona migrante, esposada, sostenido por un policía de cada lado.

Preocupan sobremanera estos y otros comentarios de funcionarios públicos de diversos niveles, pues desinforman a la sociedad y manipulan a la opinión pública. Comunicar la migración con datos e información fidedigna e imágenes reales y contextualizadas, son mecanismos fundamentales para avanzar las agendas vinculadas a la movilidad humana internacional en líneas con estándares internacionales de derechos humanos y desarrollo. La manipulación política, mediática y la tergiversación de datos e información, frecuentemente alimentan discursos xenófobos, racistas y/o anti-migratorios, y construyen percepciones negativas sobre la migración, discriminan, estigmatizan, y destruyen el tejido social.

²⁵ En particular, el art. 29, inc. c. “Haber sido condenado o estar cumpliendo condena, o tener antecedentes o condena no firme en la República Argentina o en el exterior, por delitos que merezcan según las leyes argentinas penas privativas de libertad”.

²⁶ Información disponible en: <https://amnistia.org.ar/es-extranjera-el-gobierno-la-expulso-junto-a-su-bebe-por-haber-estado-presa-pero-dos-hijos-quedaron-en-argentina-y-ruega-que-la-dejen-volver/>.

²⁷ “La ejecución del extrañamiento dará por cumplida la pena impuesta originalmente por el Tribunal competente” (art. 64, inc. a, ley 25.871). Con la opción del extrañamiento, la persona privada de su libertad, al cumplir la mitad de la condena, puede ser expulsada del país bajo esta figura, quedando *libre* (se da por cumplida la pena).

Conforme menciona Gutiérrez Colantuono (2022, p. 8), las autoridades administrativas debiesen favorecer la participación ciudadana, en el diseño de la política pública y administrativa. Para ello, es importante instruir a la ciudadanía correctamente sobre la materia migratoria, haciéndola partícipe de las decisiones de políticas públicas y normativas, construyendo, de este modo, un país democrático y con cohesión social con relación al tema, es decir, evitando que las decisiones sobre “quién entra, quién permanece y quién no” recaigan en unos pocos tomadores de decisiones y no en la sociedad toda. Al respecto, se pueden ver los recientes sondeos de la opinión pública del Reino Unido, los cuales demostraron que la sociedad se inclina positivamente hacia la migración y las personas migrantes como agentes de cambio y desarrollo, y que un gran porcentaje de ella no está satisfecha con la manera en que las autoridades vienen gestionando la migración internacional (IPSOS, marzo 2024).

Finalmente, y antes de pasar a otro tema, agrego a los desafíos vinculados al cabal cumplimiento del preámbulo constitucional (“para todos los hombres del mundo que quieran habitar en el suelo argentino”), la visión islamofóbica y anti-arabista que nuestro país parece estar construyendo, en torno a la restricción de ingreso y permanencia en el país a personas y familias del mundo árabe y musulmán²⁸. Tales personas (incluso sus familiares, a veces argentinos, v.gr., hijos menores) se topan con obstáculos administrativos que se erigen como muros infranqueables, para venir a visitar o a vivir en este territorio.

4. Procedimiento administrativo migratorio. Cuestiones actuales

En este punto de mi abordaje, me limito brevemente a resaltar ciertos aspectos de la aplicación de la ley 25.871 que impactan en el procedimiento administrativo migratorio, y, en muchos casos, también en el proceso judicial.

Notificación

Una de las cuestiones que me ha preocupado desde antaño es la vulneración del derecho de defensa por vicios, defecto o insuficiencia (deficiencia) en la notificación administrativa de actos emanados de la DNM (en particular, aquéllos de alcance individual²⁹ vinculados a declaraciones de irregularidad migratoria, intimaciones a regularizar y órdenes de expulsión del país), situación que implica, frecuentemente, graves perjuicios para las personas migrantes (en el peor y más extremo de los casos, la expulsión del país, con prohibición de reingreso permanente).

“La notificación de los actos administrativos tiene una especial relevancia para el correcto ejercicio del derecho de defensa ya que, a partir de su materialización, el

²⁸ Cabe aquí recordar, a modo ejemplificativo, el corte racista del histórico Reglamento Consular argentino (decreto 8714/1963, v.gr., art. 214. Gitanos. Queda prohibido a los funcionarios consulares la visación de pasaportes de gitanos, sea cual fuere su nacionalidad) que es un fiel reflejo de lo que hoy en día se observa en diversas sedes consulares.

²⁹ Que, conforme el nuevo art. 39 RNPA (modificado por el decreto 695/2024, regulatorio de la Ley Bases), 1) tienen el carácter de definitivos, o 2) los que, sin serlo, obstan a la persecución de los trámites migratorios, o 3) los que en alguna medida afectan derechos o intereses jurídicamente tutelados, o 4) decidan emplazamientos, citaciones, vistas.

acto produce efectos jurídicos y comienza el cómputo del plazo para desarrollar la actividad procesal de que se trate”³⁰.

Siendo la notificación en el procedimiento administrativo “una de las garantías que el Estado debe asegurar al particular o administrado” (Halperín y Gambier, 1989, p. 2), en materia migratoria, cuando se trata de resoluciones desfavorables (como las antes mencionadas), el deber de cuidado por parte de la DNM debería ser extremo, en particular, cuando se trata de personas migrantes en situación de vulnerabilidad. La notificación es “parte integrante del derecho a ser oído”, conforme resalta Canosa (2014, p. 360). Su vulneración, implica, por ende, la afectación del debido proceso adjetivo.

En la práctica, la DNM utiliza un sistema mixto (y poco armónico) de notificaciones de sus actos administrativos de alcance individual, observándose numerosos casos en que se las practica en contravención al espíritu de la Ley de Migraciones y el Reglamento Nacional de Procedimientos Administrativos (y otra normativa vinculada al debido proceso adjetivo), resultando inválidas (conf. art. 44 RNPA, modificado por el decreto 695/2024, regulatorio de la Ley Bases³¹)³².

Por ende, los actos administrativos que les suceden son nulos. Se observan, por ejemplo, las siguientes situaciones: falta de intérprete al notificar un acto de expulsión (en el caso de extranjeros que no hablan el idioma nacional); notificación fijando el acta en puerta del domicilio constituido (ingreso al edificio de departamentos³³), falta de (o deficiente) notificación al domicilio electrónico constituido³⁴; falta de notificación al último domicilio constituido³⁵; entre otros.

³⁰ “Fernández, Cristina Elisabet c/Ministerio de Desarrollo Social y otros s/nulidad de acto administrativo”.

³¹ “*Notificaciones inválidas*. Toda notificación que hiciera en contravención de las normas precedentes carecerá de validez”. En la ley anterior se distinguían las notificaciones defectuosas de las inválidas (o irregulares). Las primeras, prorrogaban el plazo para recurrir, mientras que las segundas eran tomadas como inexistentes. En la práctica, había enormes discusiones en torno a la cuestión (por ejemplo, se tomaba como válida una notificación claramente deficiente). Dichas discusiones son ya parte de la historia, por cuanto el nuevo art. 44 vino a promover la unificación de ambos criterios, siendo toda notificación realizada en desacato a lo reglado, inválida y, por ende, el plazo no comienza a correr a partir de un acto en contravención con lo normado, sino sólo luego de que el acto sea notificado conforme a derecho.

³² Por otro lado, sobre el contenido de las notificaciones (art. 43 LPA), no se observan a nivel de la DNM mayores inconvenientes. En la práctica, se adjunta al acta de notificación la “copia íntegra y autenticada de la resolución, dejándose constancia en el cuerpo” del acta de notificación.

³³ Equivalente a la “notificación de pleno derecho” en mesa de entradas, que operó durante la vigencia del DNU 70/1,7 fuertemente criticada desde el punto de vista de las garantías del debido proceso.

³⁴ Esto ha cambiado recientemente, y se observan algunas mejoras. Sin embargo, cabe remarcar, al respecto, la brecha digital (no todas las personas migrantes tienen igual acceso a internet y manejo de sistemas informáticos).

³⁵ El art. 54 de la ley 25.871 menciona “Los extranjeros mantendrán actualizados ante la Dirección Nacional de Migraciones, por la vía y plazos que se indique en la reglamentación, los datos referidos a su domicilio, en donde se considerarán válidas todas las notificaciones” (en el caso de personas privadas de libertad, o en otras situaciones excepcionales, como ser un grave problema de salud, propio

Como comenta Escola (1981, p. 216), “dada la importancia de la notificación y de los efectos que ella produce, es preciso que se exija que sea cumplida observando todos los recaudos previstos para este fin, de modo de obtener una constancia indiscutible de que el acto notificado ha llegado, efectivamente, a conocimiento del administrado”. A ello, cabría agregar no sólo el deber de la Administración de dar a conocer efectivamente lo actuado, sino también, el asegurarse que la persona migrante pueda realmente comprender en qué situación se encuentra exactamente, a nivel migratorio. Resulta irrazonable y extremadamente injusto pensar y asumir que una persona que ha sido debidamente notificada (y anoticiada) de un proceso de expulsión del país, no se presente ante las autoridades a defender su derecho a permanecer en el territorio nacional (o, al menos, intentarlo). En tal sentido, es irrisorio que un proceso migratorio continúe hasta las últimas instancias para llegar a la firmeza de la decisión administrativa, sin siquiera presentarse el extranjero ante las autoridades. Es decir, la DNM debería extremar los recaudos, frente a procesos de expulsión del país, para asegurarse que la persona migrante ha sido efectivamente anoticiada del acto y de sus consecuencias.

La reciente Ley Bases trae aparejadas algunas otras cuestiones normativas vinculadas a la notificación (v.gr., art. 1 bis, inc. a), apartado 4, sobre “plazo razonable”³⁶), que impactan también en materia migratoria y podrían ser objeto de un análisis más extenso. No profundizaré en estos aspectos en el presente escrito, ya que serán objeto de análisis en un estudio posterior.

Asistencia jurídica gratuita y derecho a intérprete

El art. 86 de la ley 25.871 menciona que: “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”. El decreto reglamentario 616/10, por su parte, agrega que “la Dirección Nacional de Migraciones, ante el planteo que efectúe un extranjero, dará inmediata intervención al Ministerio Público de la Defensa³⁷, disponiendo la suspensión de cualquier trámite y de los plazos en curso en las actuaciones administrativas, hasta que el referido Ministerio tome

o de un familiar, es posible que no puedan informar correctamente a la autoridad migratoria, su domicilio actual).

³⁶ “Derecho a un plazo razonable: que los procedimientos administrativos tramiten y concluyan en un plazo razonable, por decisión escrita y expresa. La Administración está obligada a dictar resolución expresa y a notificarla en todos los procedimientos cualquiera que sea su forma de iniciación”.

³⁷ Actualmente, en los casos de personas privadas de su libertad, ante la notificación de órdenes de expulsión del país, y ante la manifestación simple por parte de las personas migrantes de apelar dicha medida (con un simple “apelo”, en papel, de puño y letra), la autoridad migratoria no está dando intervención a la defensa pública (lo cual está causando serios inconvenientes de acceso a la justicia y rispideces entre organismos).

intervención o el interesado reciba la asistencia jurídica necesaria para la salvaguarda de sus intereses”.

El DNU 70/17 modificó dicho artículo, haciéndolo más restrictivo. En este sentido, se requería que la persona migrante demostrara fehacientemente que carecía de medios económicos.

Asimismo, la remisión de las actuaciones a la defensa pública no era automática, sino que se realizaba a petición de parte, lo cual es irrazonable, pues no todas las personas extranjeras conocen el derecho que los asiste a la defensa pública gratuita en materia migratoria³⁸. Cabe aquí mencionar la posición del fiscal general en el caso 42546/2023 (Rodríguez Vázquez, CCAF, Sala I), que resalta que “imponer al migrante la carga de manifestar su interés de contar con una asistencia legal gratuita, sin haber sido informado de que contaba con tal derecho, implicaría reforzar la situación de desigualdad estructural y desventaja procesal en la que se encuentra” (dictamen 81/2024).

Siento que es preocupante el relativamente reciente fallo “Zuluaga Celemín” (2023)³⁹, en el cual la Corte expresa: “De la norma transcripta surge que los ciudadanos extranjeros que carecen de medios económicos tienen derecho a asistencia jurídica gratuita en los procedimientos que pueden conducir a su expulsión del territorio nacional. Sin embargo, de ella no se colige la exigencia de comunicar ese derecho al interesado de forma personal y fehaciente⁴⁰, y nada se dice acerca de dar intervención al Ministerio Público de la Defensa en caso de ausencia de petición expresa en ese sentido”. Además, aduce que “tampoco surge del decreto 616/2010, o de las demás normas invocadas en el proceso, un deber específico a cargo de la Dirección Nacional de Migraciones de llevar a cabo esa notificación al interesado o dar intervención al órgano referido en los procedimientos administrativos tendientes a decidir la permanencia de ciudadanos extranjeros en el territorio nacional”. Finalmente, vuelve a *Fallos*, 333:1789, mencionando que no se demostró en el caso, “qué argumentos conducentes esta se habría visto privada de esgrimir” al no haber contado con información sobre asistencia jurídica gratuita y ante la falta de prueba de una lesión efectiva al derecho de defensa. Dicho fallo hace caso omiso de lo mencionado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso “Familia Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional de Bolivia”, por sentencia del 25/11/13, párr. 133, que, al mencionar las garantías mínimas del debido proceso, destaca el derecho a ser informado sobre “la posibilidad de solicitar y recibir asesoría legal, incluso a través de servicio público gratuito de ser aplicable y, de ser el caso, traducción o interpretación”.

³⁸ Quienes ejercemos la profesión de manera independiente lo constatamos a diario, ya que muchos casos llegan a consulta, en estado de desesperación, tras haber intentado defenderse por sí mismos, por ejemplo, de órdenes de expulsión del país (recurso de reconsideración, jerárquico, e incluso, de alzada). Es la propia autoridad migratoria la que, frecuentemente, les sugiere actuar de esa manera, amparándose en el principio del informalismo.

³⁹ FLP 90945/2017/CS1 “Zuluaga Celemín, Claudia Lucía c/Dirección Nacional de Migraciones s/recurso directo a juzgado”.

⁴⁰ Tal posición, resulta incluso más restrictiva que el propio DNU 70/17, que en la modificación del art. 86 mencionaba “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”.

El reciente fallo de Cámara “Rodríguez Vásquez, Elva” (42546/2023) abordó esta cuestión en el marco de una medida de retención, adoptando una posición más acorde al espíritu de la ley 25.871 y a las garantías básicas del debido proceso (derecho de defensa) y principios de acceso a la justicia de personas migrantes en situación de vulnerabilidad, al desestimar el recurso de apelación interpuesto por la DNM, por no haber sido la persona migrante informada correctamente acerca del derecho que le asiste a la defensa pública gratuita.

Expulsión del país⁴¹. La retención (medida cautelar o precautoria)

Otro tema controversial vinculado a la aplicación de la Ley de Migraciones consiste en la materialización de las órdenes de expulsión del país. La retención⁴² se ordena judicialmente, como principio general, una vez que el acto de expulsión ha quedado firme (conf. art. 70 de la ley 25.871)⁴³. Comadira en su obra sobre la Ley de Medidas Cautelares, se refiere los “sectores socialmente vulnerables”, haciendo hincapié en la existencia y justificación de una tutela diferenciada (2021, p. 41). Tal es el caso de algunas personas migrantes que, por cuestiones culturales, sociales, económicas o de privación de libertad, se encuentran en especial situación de vulnerabilidad (conf. Reglas de Brasilia, 2004) y, consecuentemente, deberían ser objeto de una especial consideración.

Si bien existen determinados lineamientos para materializar las retenciones (ej. Protocolo de procedimiento y actuación para la materialización de expulsiones, instrumentado mediante la disposición DNM 2941/21), la información resulta escueta y poco clara⁴⁴. En la práctica, su cumplimiento es de dudosa legitimidad. Los procesos por los cuales se materializan las retenciones no cuentan con pautas claras y objetivas, ni son públicos. Tampoco existe realmente una cabal evaluación acerca de si ellos se ajustan a estándares internacionales de derechos humanos (como se da, por ejemplo, en Europa, donde organismos internacionales o nacionales de derechos humanos tienen un rol activo en calidad de veedores de los procedimientos). A modo de ejemplo,

⁴¹ Respecto a este punto, y los mitos de la migración, siempre me ha sorprendido la poca información con la que cuenta la ciudadanía (en general), e incluso los mismos funcionarios de la DNM, respecto a las expulsiones del país. Se piensa (erróneamente) que las expulsiones no suceden (“acá no se expulsa a nadie”), siendo que sí suceden (ya sea en la práctica, materializándose o, en los papeles, con actos que materializan una expulsión la cual, aunque no sea efectivizada, coloca a la persona migrante en cuestión en una situación de tal incomodidad e invisibilidad social, que su vida se torna un calvario).

⁴² Que “implica la restricción temporaria de la libertad ambulatoria de extranjeros y extranjeras, cuya permanencia en la República Argentina fue declarada irregular, y respecto de quienes la Dirección Nacional de Migraciones haya dispuesto su expulsión, al sólo y único efecto de materializar su egreso del país” (Anexo I. Protocolo de Procedimiento y Actuación para Materialización de Expulsiones).

⁴³ En algunos casos, se permite también (a criterio de la DNM y el juzgado interviniente) la retención preventiva. El DNU 70/17 permitía la retención por tiempo indefinido, derivando, en casos de privación ilegítima de la libertad (cabe resaltar, en este sentido, que las normativas más importantes en materia migratoria y garantías de derechos humanos promueven la retención por tiempos acotados, tal es el caso de la normativa europea).

⁴⁴ V.gr., hace mención a “Solicitar a la P.M.A la aprehensión, custodia y traslado del migrante de acuerdo a la normativa y protocolos vigentes” (p. 5). Es decir, el protocolo, hace referencia a otros protocolos (¿dónde están estos?) El diseño de políticas públicas y protocolos operativos estándar claros y concisos son fundamentales para una eficaz gobernanza migratoria.

es sabido que las personas migrantes retenidas son frecuentemente internadas con presos comunes, en cárceles penales, en condiciones inhumanas, durante largos períodos de tiempo, de modo contrario a las exigencias de tribunales supranacionales.

Otro de los grandes desafíos de la aplicación de la normativa migratoria yace en los requerimientos que la DNM hace a las compañías aéreas, terrestres, marítimas o fluviales, en carácter de carga pública, al emplazarlas a que dispongan las plazas correspondientes para cumplir con la expulsión del territorio nacional de las personas migrantes en el menor tiempo posible. Al respecto, el art. 41 de la ley 25.871 dispone que “El capitán, comandante, armador, propietario, encargado o responsable de un medio de transporte de personas al país, o desde el mismo o en el mismo, ya sea marítimo, fluvial, aéreo o terrestre, o la compañía, empresa o agencia propietaria, consignataria, explotadora o responsable, quedan obligados solidariamente a transportar a su cargo, en el plazo que se le fije, fuera del territorio argentino, o hasta el lugar de frontera, a todo extranjero cuya expulsión resuelva y su transporte disponga la autoridad migratoria, de conformidad con lo establecido en la presente ley”.

Sin embargo, sucede en la práctica que la DNM, al momento de emitir los requerimientos, exige que los traslados sean al país de origen de los expulsados, destinos en los que las compañías muchas veces no tienen la ruta autorizada por la autoridad competente, o en los cuales se requiere de cierta documentación (como visados o autorizaciones previas) cuyo trámite les excede, con lo que se estarían incumpliendo ciertos recaudos previstos en el “Convenio sobre Aviación Civil Internacional” de 1944 (Convenio de Chicago), al que el Estado Argentino adhirió mediante el decreto-ley 15.110/1946, ratificado luego por la ley 13.891.

Sin perjuicio de ello, cuando la compañía intimada contesta a dicho requerimiento remarcando las observaciones correspondientes, la DNM lo recepta lisa y llanamente como una denegatoria, sin subsanar las omisiones materiales que pudieran llegar a haber, limitándose a aplicar despóticamente una multa por supuesto incumplimiento de la carga pública.

Al respecto, es menester destacar que la jurisprudencia del fuero Contencioso Administrativo Federal ha declarado la nulidad de las multas impuestas por la Dirección Nacional de Migraciones, dado que, al momento de cursar el requerimiento, había incumplido con lo preceptuado en el Convenio de Chicago⁴⁵.

Otro tema que me preocupa sobremanera es el hecho que, en los casos de insuficiente notificación de actos administrativos o acceso a la defensa, las personas migrantes que han sido objeto de retención no tengan la real posibilidad de recurrir esta medida, en los términos de los arts. 70 y/o 90 de la ley 25.871, a efectos de comprobar la posible concurrencia de error, omisión o arbitrariedad manifiesta, violaciones al debido proceso, o hechos nuevos de suficiente entidad, que permitieran su suspensión, hasta tanto se constatare la concurrencia o no de los extremos señalados.

⁴⁵ Juzgado n° 2, 22/12/20, “Qatar Airways c/EN - DNM s/Recurso Directo DNM”, causa CAF 7369/2019; como también el Juzgado n° 6, 10/5/22, “South African Airways (Propietary) Limited c/EN - DNM s/Recurso Directo DNM”, causa CAF 40984/2019, y el Juzgado n° 11, 12/4/21, “Emirates Sucursal Argentina c/EN - M Interior Op V - DNM s/Recurso Directo DNM”, causa CAF 15503/2019. También, la Sala I, 14/10/21, “Qatar Airways c/EN - DNM s/Recurso directo DNM”, causa CAF 007369/2019, y también, la Sala II, 28/12/21, “Emirates c/EN-M Interior Op y V-DNM s/Recurso Directo DNM”, causa CAF 050082/2019.

En tal sentido, “no es procedente retener y/o expulsar al extranjero, máxime cuando es ostensible y diáfana la lesión de un derecho fundamental como la defensa en juicio”⁴⁶.

Por último, en relación con la necesidad de que la medida de expulsión se encuentre firme antes de su ejecución, es importante destacar que, en numerosos casos, debido a desconocimiento o mala praxis judicial y/o administrativa (a veces, con saña y xenofobia), se ha procedido a librar órdenes judiciales de retención de personas migrantes sin que la orden de expulsión haya quedado aún firme. En referencia a ello, puede verse el caso *García, Arsenio* (*Fallos*, 345:1034), en el cual la DNM pretendía que se retuviera a un extranjero, aun cuando se encontraba en trámite un recurso de queja por apelación extraordinaria federal denegada.

Asistencia consular

Otro aspecto pendiente de profundización en materia administrativa vinculado a la movilidad humana internacional es el de la efectiva participación e intervención de las autoridades consulares frente a los procesos de expulsión del país de personas extranjeras. La asistencia consular, implica, entre otros, el “conjunto de acciones, gestiones, buenos oficio, e intervenciones que realizan los funcionarios de las representaciones consulares que tienen como propósito proteger en el Estado receptor los intereses de ...sus nacionales, dentro de los límites admitidos por el derecho internacional”⁴⁷.

El art. 61 del decreto 616/10, reglamentario de la Ley de Migraciones establece que “Cuando el extranjero no regularizare su situación migratoria, la Dirección Nacional de Migraciones dictará un acto declarando la ilegalidad de su permanencia y dispondrá su expulsión con destino al país de la nacionalidad del extranjero o, a su petición, a otro país que lo admitiese, cuando acredite debidamente esta última circunstancia. **Se deberá resguardar el derecho de la persona a la información sobre la asistencia consular** conforme lo dispuesto por la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares adoptada por la Organización de las Naciones Unidas (ONU) el 24 de abril de 1963 y aprobada por ley 17.081” (el resaltado me pertenece).

En la práctica, se observa frecuentemente la falta de información sobre la posibilidad de acceder a la asistencia consular (o su facilitación), frente a órdenes de expulsión del país notificadas –derecho resaltado, además, en la OC 16 de la CIDH–, como una de las garantías del debido proceso legal, así como en el caso “*Familia Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional de Bolivia*” (sentencia del 25/11/13, párr. 133).

⁴⁶ Rechazo del pedido de retención formulado en caso, CAF - 42546/2023 (DNM c/Rodriguez Vasquez, Elva s/Medidas de retención), por parte del Juzgado Nacional en lo Contencioso Administrativo n° 10.

⁴⁷ Freddi, “La extranjería, como riesgo procesal”, en Pérez Curci (dir.), *Migrantes y refugiados en conflicto con la ley*. El autor habla de “asistencia diplomática”, entiendo que se refiere a “asistencia consular”, marcando una diferencia (valga la redundancia), entre el derecho diplomático –reservado a las embajadas y cuestiones políticas– y derecho consular –reservado a los temas consulares, y de connacionales en el extranjero–).

Dicha falta de comunicación (a las personas migrantes⁴⁸) y notificación (a las autoridades consulares) es, a mi entender, atribuible a las autoridades de los dos países en tensión: por un lado, la autoridad migratoria argentina no suele notificar a las autoridades consulares de las expulsiones del país de sus connacionales⁴⁹. Por otro lado, observo, en mi práctica habitual, una falta de interés y compromiso por parte de las autoridades consulares en la asistencia de sus connacionales, frente a problemas migratorios suscitados en Argentina⁵⁰. Así, se contempla no sólo un desinterés en casos de expulsiones del país⁵¹, sino también, frente a solicitudes de desembarco provisorio –que podrían realizar las autoridades consulares, pero tienden a evitar tal desgaste administrativo, dejando desprotegidos a sus connacionales, frente al inadecuado y deficiente accionar de la DNM–. Parece haber una suerte de “convivencia” entre autoridades, de modo de “no molestarse” mutuamente, en relación con estos temas lo cual resulta en una clara posición de desventaja y vulnerabilidad para las personas migrantes.

El objetivo 14 del Pacto Mundial para las Migraciones indica la necesidad de “Mejorar la protección, asistencia y cooperación consulares a lo largo de todo el ciclo migratorio”, “con el fin de salvaguardar mejor los derechos e intereses de todos los migrantes en todo momento, y a aprovechar las funciones de las misiones consulares para mejorar la interacción entre los migrantes y las autoridades estatales de los países de origen, tránsito y destino, de conformidad con el derecho internacional”. Dicha manifestación de voluntad debería ponerse en práctica de manera más eficiente en el contexto argentino. Notificar a las autoridades consulares de los procesos de expulsión del país de sus connacionales facilitaría también, de algún modo, el acceso a la justicia, por cuanto suelen contar con listas de abogados de confianza que pueden acompañar diversos procesos (el migratorio, entre otros). Es decir, más allá del hecho de contar o no con recursos económicos, deberían tener acceso a profesionales formados y calificados, de confianza de sus autoridades, para poder defenderse correctamente, en procesos migratorios.

A lo antedicho se añade la complejidad de las situaciones de personas migrantes en conflicto con la ley penal, privadas de libertad quienes, frecuentemente,

⁴⁸ En la parte dispositiva de los actos administrativos de alcance particular vinculados a la expulsión del país (y tampoco en su cédula de notificación, donde sí figura actualmente la leyenda vinculada al art. 86 sobre derecho a la asistencia jurídica gratuita).

⁴⁹ El porqué de esta cuestión es para mí aún un misterio, y me he prometido estudiar la cuestión más en profundidad, a futuro (pues es uno de los argumentos que esgrimo frecuentemente, en los recursos que presento).

⁵⁰ Este desinterés también es posiblemente vinculado a la desin(formación), por parte de las autoridades consulares, respecto a la temática del derecho migratorio argentino y el derecho migratorio internacional (*international migration law*, “IML”, por sus siglas en inglés). Muchos desconocen de qué se trata, cuáles son los procedimientos administrativos y derechos que asisten a sus connacionales, y tampoco conocen especialistas en la materia, a quienes derivarles los casos, p.ej., algunos consulados generales importantes poseen listados de “abogados de confianza” sobre diferentes materias, pero no se observa en ninguno de ellos, a abogados migratorios (mientras que existen de casi todas las otras especialidades del derecho).

⁵¹ Manifestado, por ejemplo, en la falta de intervención el tiempo y forma, para documentar a sus nacionales, o actuar como veedores de los procesos de expulsión (resguardo de garantías y principios de derechos humanos en frontera).

encuentran serios obstáculos vinculados a las notificaciones de órdenes de expulsión⁵², y al acceso a su derecho al debido proceso (en particular, a los recursos que pueden interponer, contra tales medidas).

Reserva de actuaciones administrativas

Una cuestión que creo vale la pena explorar más en detalle, y que menciono aquí someramente, es la de la reserva de actuaciones administrativas migratorias. En la práctica, los mecanismos empleados por los organismos y autoridades intervinientes (DNM, Cancillería) carecen de transparencia y rectitud (en cuanto a lo procedimental) y tampoco se someten a control judicial –resultando, en definitiva, en diverso tipo de violaciones a los derechos de las personas migrantes–.

El art. 112 del decreto 616/10, reglamentario de la ley 25.871, en su parte pertinente dispone: “La información registrada, que tendrá carácter *reservado*; será de uso exclusivo de la Dirección Nacional de Migraciones y *se brindará acceso a ella* a las autoridades administrativas o judiciales competentes que lo soliciten y, *sobre su propia situación, a los extranjeros registrados o a sus apoderados legales*”.

Como se mencionó anteriormente, como regla general, tienen acceso a las actuaciones migratorias, la parte interesada, su representante o letrado patrocinante. Ahora bien, según el RLPA, quedan exceptuadas de la vista, las “actuaciones, diligencias, informes o dictámenes que a pedido del órgano competente y previo asesoramiento del servicio jurídico correspondiente, fueren declarados *reservados o secretos* mediante decisión fundada del respectivo Subsecretario del Ministerio, Subsecretario de la Jefatura de Gabinete de Ministros o del titular del ente descentralizado de que se trate” (cf. art. 38 del RNPA, modificado por decreto 695/2024, regulatorio de la Ley Bases, referido a la vista⁵³).

El art. 11 del decreto 1759 menciona los documentos y expedientes electrónicos con carácter *reservado* (es decir, de trámite interno con acceso restringido mientras se gestiona). La DNM, en este caso, debe solicitar al administrador del sistema de gestión documental electrónica (GDE), la habilitación de documentos de carácter reservado, mediante acto administrativo fundado –tal es el caso, por ejemplo, de los rechazos de visas recurridos (reconsideración) por los solicitantes, que son procesados por cancillería, pero resueltos por la autoridad migratoria⁵⁴–. En materia migratoria, la gestión de estas cuestiones es aún deficiente (el procedimiento interno vinculado a ello no está muy claro, ni tampoco el control judicial de dichos actos administrativos). Existen, por ejemplo, casos en los cuales la autoridad migratoria no facilita el acceso a las actuaciones a la persona interesada (o su apoderado o letrado

⁵² Que son cursadas, en este caso, por los magistrados intervinientes (y no por la DNM, es esta última quien los notifica de la expulsión, y el juzgado notifica a su vez, a la persona migrante en cuestión).

⁵³ Dicho artículo no modificó el anterior sustancialmente en su parte inicial (sólo se realizaron ajustes respecto a la nueva organización administrativa).

⁵⁴ Cancillería reserva parte de las actuaciones, a las cuales sólo pueden acceder los usuarios GDE que autoriza quien reserva el expediente. Así, el interesado, puede acceder a las actuaciones (toma de vista, la cual, en la práctica, resulta a veces bastante compleja, por encontrarse el interesado en el exterior del país, y por tratarse de un expediente que es trabajado por cancillería, pero caratulado por la DNM), con excepción del informe que aparece como reservado.

patrocinante), pero que no ha previsto la habilitación de carátula con carácter de reservado. Se genera allí un conflicto entre la administración (que no desea dar a conocer el contenido de las actuaciones) y el administrado (que desea saber qué datos o información posee la administración sobre su persona). Tales son los casos vinculados a rechazos en frontera, o rechazos de solicitudes de visas (materia consular, esta última, si bien se vincula a la autoridad migratoria) y permisos de ingreso. Por otro lado, el art. 12 del decreto 1759 hace mención a los documentos *secretos* (que pueden ser tales, aun después del dictado del acto administrativo, generalmente, por razones de seguridad nacional, seguridad pública, inteligencia criminal, prevención del delito, datos sensibles según el régimen de protección de datos personales).

Es habitual encontrar que la autoridad administrativa restrinja o niegue la vista de las actuaciones (o información migratoria) a los interesados⁵⁵. Su actuar, en este sentido, es frecuentemente poco transparente, contradictorio y, en algunos casos, contrario a derecho.

A la fecha, no he tenido conocimiento de pronunciamientos judiciales vinculados al control judicial de la administración en los casos de reserva o secreto de las actuaciones migratorias.

¿Cómo saber si el accionar de la administración refiere a una situación real o a una apreciación prejuiciosa (discriminatoria o incluso xenófoba), injustificada o errónea, por parte de ciertos funcionarios? “¿Quién controla a los que controlan?” En algunos casos, la reserva de las actuaciones “se transforma en realidad en un escudo del operador que pretende no dar explicaciones de su labor (o la del resto de los operadores del sistema), más que servir como una herramienta investigativa” (Cafure, p. 3), o de seguridad estatal.

La ley de datos personales menciona (art. 17) que debe estar debidamente fundada la alusión a la seguridad y defensa nacional y que el secreto cede cuando está involucrado el derecho de defensa del administrado. A modo ejemplificativo, puedo mencionar la utilización incorrecta y abusiva, por parte de la DNM, de la figura del “falso turista” (rechazo en frontera, disposición DNM 4362/2014), para abordar cuestiones vinculadas a temas que –según la percepción del organismo, y lo que se lee entre líneas, desde la práctica abogadil– podrían (en teoría) estar vinculados a la seguridad y defensa estatal. Requerida la DNM sobre los reales motivos del rechazo en frontera de las personas en cuestión (quien, posiblemente, posea una restricción de algún tipo, pero que ésta puede estar basada en hechos o situaciones erróneas o incorrectas⁵⁶), ésta niega la información –reserva de actuaciones–, vulnerando derechos reconocidos en la Constitución Nacional y en tratados internacionales de

⁵⁵ Ya sea por acceso directo mediante el procedimiento de la LNPA y su reglamento, o mediante un pedido de acceso a información de datos personales conf. Ley de Protección de Datos Personales n° 25.326.

⁵⁶ Sucede frecuentemente, en frontera, que personas con nombres homónimos a los de delinquentes son rechazadas o retenidas siendo inocentes (mientras que el real portador del nombre y la restricción o pedido de captura internacional, es otro). Es decir, los errores suceden frecuentemente (si bien están invisibilizados y no llegan a los medios como noticia, ni a los tribunales como reclamo de daños y perjuicios por responsabilidad estatal).

raigambre constitucional, más allá de incumplir palmariamente con lo regulado por la ley 25.326, de Protección de Datos Personales.

Entiendo que no existen a la fecha –hasta donde llegan mi conocimiento e información– reclamos judiciales vinculados al control judicial del actuar administrativo sobre expedientes secretos o reservados (en lo que respecta a la decisión misma de dar tal carácter a las actuaciones, y su eventual justificación). Tampoco existen reclamos de daños y perjuicios por responsabilidad del Estado, en esta materia.

Visas y permisos de ingreso. Actuación consular

Otra cuestión también poco explorada y difundida es la referida a los procedimientos administrativos vinculados a la emisión de visas y permisos de ingreso al país⁵⁷. Algo he mencionado al respecto, en el apartado precedente, respecto a las actuaciones. Mencionaré aquí algunas otras cuestiones.

Nunca es noticia que al padre de una ciudadana argentina le denieguen⁵⁸ una solicitud de visa de turismo o un permiso de ingreso para residir en Argentina de forma permanente (al amparo de la normativa vigente) o que a una familia entera se le rechace una visa de turismo ya otorgada porque un “enemigo” comercial del solicitante principal (jefe de familia) llamó al consulado y dijo que su intención real era no era hacer turismo, sino “quedarse a vivir en el país”.

Tampoco trascienden los padecimientos sufridos por las personas extranjeras como consecuencias de errores materiales en la confección de visas (ej. error en fecha de expiración, o confusión con nombres de personas buscadas por Interpol, falta de actualización de sistemas en casos de cambios de identidad de género, etc.), que no son subsanados por la autoridad administrativa ulteriormente. Siquiera adquieren conocimiento público los casos de personas de ciertos países (especialmente del mundo árabe y musulmán) que tienen –de hecho– prácticamente vedado el ingreso a territorio nacional, a pesar de cumplir ampliamente con los requisitos previstos al efecto.

El ingreso al país de una persona de nacionalidad extranjera⁵⁹ puede tramitarse por vía consular (la persona migrante, personalmente, mediante una solicitud de visa⁶⁰ o permiso de ingreso ante la representación consular argentina en el exterior) o en el territorio nacional, a través de un tercero llamado “requirente” o “llamante”, por ante la DNM.

⁵⁷ Sobre cuestiones terminológicas, ver, Carello, Paula, *Entrada, salida y permanencia en el territorio de un país*, Thomson Reuters, 2014 (cita online: AR/DOC/2983/2014).

⁵⁸ De hecho y de palabra, sin siquiera abrir un expediente de solicitud.

⁵⁹ En calidad de residente transitorio (ej. turista, nómada digital), temporario (estudiante, trabajador migrante, etc.) o permanente (familiar de un ciudadano/a argentino/a o migrante residente permanente).

⁶⁰ Según la Organización Internacional para las Migraciones, visa es “un endoso [realizado] por un oficial consular en un pasaporte o un certificado de identidad que indica que el oficial, en el momento de la emisión, cree que el titular cae dentro de una de las categorías de extranjeros que pueden ser admitidos bajo las leyes del Estado [y resalta que] en el visado se establecen los criterios de admisión en un Estado”.

Conforme el art. 3° del anexo II del decreto 616/10, reglamentario de la ley 25.871, los consulados argentinos son autoridad delegada de la DNM. En ese carácter⁶¹, pueden extender permisos de ingreso y visas como residentes permanentes o temporarios, y visas como residentes transitorios. En este punto resalta nuevamente (al igual que entre la sede central de la DNM y las delegaciones y oficinas migratorias de distintos puntos del país) la diferencia de criterios y procedimientos aplicados por las distintas reparticiones ya sea entre los consulados entre sí, como entre éstos y la DNM. De esta manera, la población extranjera y candidata a la migración se encuentra en una situación de completa indefensión frente a solicitudes y mecanismos poco transparentes –y en ocasiones abusivos– por parte de las autoridades consulares que tienden a apartarse no sólo de la norma básica migratoria y de la regulación administrativa nacional, sino también de tratados y estándares internacionales de derechos humanos⁶². En suma, son numerosos los casos de violación a derechos que pueden mencionarse en este sentido, los cuales serán seguramente objeto de una obra más extensa, a futuro.

Frente al rechazo de una solicitud de visa o permiso de ingreso al país, las personas migrantes pueden incoar impugnaciones por vía administrativa. Tales pueden consistir en el recurso de reconsideración previsto en el art. 75 de la ley 25.871 (resuelto por la autoridad consular o migratoria, según corresponda), el jerárquico, contemplado en los arts. 77 y 78 (resuelto por la máxima autoridad de la DNM) y el de alzada, establecido en el art. 79 de la normativa citada (resuelto por el hoy Secretario de Interior –anterior e históricamente, Ministro⁶³–).

Cabe aquí hacer una salvedad y distinción entre ambos: los permisos de ingreso (residencia temporaria y permanente) que son presentados correctamente (con la documental y formalidades requeridas) pocas veces son rechazados por la autoridad; a lo sumo, el problema, es la demora excesiva⁶⁴. Por tal razón, no suelen presentarse demasiados recursos contra los actos administrativos que los rechazan⁶⁵.

⁶¹ Regulado además por otras disposiciones o instrucciones complementarias.

⁶² Cabe mencionar, en este sentido, que la normativa consular aplicable en materia de visados es poco clara. El Reglamento Consular, dictado en 1963 (y modificado por un importante número de decretos) no figura en el portal Infoleg (aparentemente, por omisión intencional). Cabe resaltar que no posee éste un mecanismo claro para el otorgamiento de visados (por lo cual valdría entender que se aplicaría –por subsidiariedad– el procedimiento administrativo general). No he podido encontrar, en mi investigación, ninguna modificación (ampliatoria o modificatoria) al Reglamento Consular, respecto a los visados; si bien comentan las autoridades que hace años viene pensándose en una actualización, aún no materializada.

⁶³ www.infobae.com/politica/2024/05/28/por-primera-vez-en-su-historia-argentina-no-tendra-ministerio-del-interior.

⁶⁴ En particular, cuando es la autoridad migratoria la que resuelve (en los casos de llamante o apoderado en argentina). La autoridad consular tiende a ser más ágil en estos trámites, debido a la leve carga administrativa que poseen, en comparación. La DNM concentra los permisos de ingreso de todos los países (mientras que las autoridades consulares sólo los de los países donde se encuentren y los que representen por vía extensiva). En este punto, quizás, habría que hacer una salvedad respecto a ciertos permisos de ingreso de categorías migratorias más complejas o sensibles, como pueden ser la de “rentista” o “razones humanitarias”.

⁶⁵ Salvo casos excepcionales, como el de las mujeres argentinas casadas con hombres que conocen en las redes sociales y las engañan (fingiendo un vínculo afectivo, que termina en matrimonio) para acceder a la posibilidad de una residencia permanente en el país. Estos casos son particularmente

También por dos hechos relevantes: 1) conviene más iniciar o intentar un nuevo trámite (que transitar un desgastante proceso recursivo) y 2) no es fácil encontrar –a la distancia– profesionales de la abogacía que puedan acompañar estos casos correctamente (por barreras idiomáticas, culturales, económicas, etc.).

Por otro lado, respecto a las solicitudes de visas como residentes transitorios (v.gr., turistas), en la práctica suele presentarse un gran número de rechazos (de hecho y de derecho).

Ante ello, algunas personas optan por la vía recursiva, prácticamente en forma innecesaria (si bien, en su justo derecho), visto que, en la práctica, dichos recursos son infructuosos en su casi totalidad, dado que se tiende a mantener el mismo criterio inicial. Así, en concreto, la única opción viable frente a un rechazo es la interposición de una nueva solicitud de visa (con los gastos de dinero, tiempo y energía que ello conlleva y con las mismas probabilidades de que sea denegada⁶⁶).

El silencio y los plazos de caducidad y prescripción

El silencio de la Administración ha sido objeto de análisis y discusiones doctrinarias, históricamente. “Conocidas son las discusiones ...acerca de si el silencio se trata de una ficción, de una presunción, de una infracción o de un verdadero acto” (Juan Lima, 2013, p. 147).

El elemento “forma” del acto administrativo cobra particular relevancia con relación al silencio de la Administración (en este caso, la DNM) frente a pretensiones de las personas migrantes (ya sean estas por vía de petición inicial, o en instancia recursiva). Conforme menciona Comadira “la inactividad, la pasividad, la inercia de la Administración en los casos en que es posible exigir de ella un pronunciamiento concreto, se puede trasuntar en la constitución de relaciones jurídicas caracterizadas por su incertidumbre y confusión, con los consiguientes y lógicos perjuicios de los derechos subjetivos e intereses legítimos de los particulares” (2022, p. 54).

En este punto, la Ley Bases introdujo cambios sustanciales al procedimiento administrativo. El nuevo art. 10, inc. a de la ley 19.549 dispone que el silencio o la ambigüedad de la Administración se interpretará como negativa, cuando se tratase de pretensiones que requieran de ella un pronunciamiento concreto. Es decir, conserva la denegación tácita, como regla.

En cuanto a la ley 25.871, esta menciona el silencio en dos oportunidades, ambas en sentido negativo. La primera, en el art. 62 (sobre la cancelación de residencias), en su inciso b, al señalar que la residencia quedará firme si la Administración no se expidiera en un plazo de treinta días⁶⁷, pasados dos años de cumplida la condena (de aquellos condenados judicialmente en la República por delito doloso que merezca

complejos, ya que el criterio administrativo y judicial en asuntos de relaciones personales y afectivas puede ser sumamente difícil de establecer.

⁶⁶ Salvo casos excepcionales: v.gr., cuando la solicitud inicial no cumplió con los requisitos estipulados por el consulado. Los casos en los que las autoridades consulares actúan con prejuicio o parcialidad son prácticamente insalvables.

⁶⁷ La Ley Bases menciona un plazo general y máximo de 60 días, vencido el cual el interesado podrá dar por configurado el silencio de la Administración. Siendo que la ley especial (migratoria) prevé ya un plazo, se aplica éste (de 30 días).

pena privativa de libertad mayor de cinco años o quienes registrasen una conducta reiterante en la comisión de delitos). La segunda, en el art. 77 (recurso de reconsideración con jerárquico en subsidio), expresando que “cuando la reconsideración hubiese sido rechazada –expresa o tácitamente– las actuaciones deberán elevarse a la Dirección Nacional de Migraciones dentro del término de cinco días hábiles, de oficio –supuesto de denegatoria expresa– o a petición de parte –supuesto de silencio⁶⁸–”.

La segunda parte del nuevo inciso a del art. 10 de la LNPA, prosigue “Si las normas especiales no previeren un plazo determinado para el pronunciamiento, éste no podrá exceder de sesenta días. Vencido el plazo que corresponda, el interesado podrá dar por configurado el silencio de la Administración”. En materia migratoria, la ley especial (conforme lo mencionado en el párrafo precedente) presenta un plazo menor (treinta días), para los dos casos antes mencionados. Sin embargo, no prevé un plazo específico para todas las otras cuestiones abordadas por la autoridad de aplicación (o autoridades delegadas): por ejemplo, tramitación de solicitudes de residencia en el país (ya sea por vía de la DNM o consular), tramitación de certificados (de radicación⁶⁹ o de movimientos migratorios), tramitación de dispensas (arts. 29 “in fine”, 62 “in fine” y 63, inc. b de la ley 25.871), resoluciones de descargos frente a multas migratorias, pedidos de revisión (art. 90, ley 25.871). Entonces, el plazo de sesenta días estipulado en la Ley Bases aplicaría, quizás, a todas estas cuestiones.

Respecto de los recursos administrativos previstos en la norma especial, si bien los plazos para su resolución se encuentran establecidos⁷⁰ (a excepción del recurso de alzada, que tramita ante el Ministerio del Interior⁷¹), la realidad es que, frente a una eventual orden de expulsión del país (acto más frecuentemente recurrido), las personas migrantes prefieren, en su mayoría, permanecer en un “gris” de pendencia (con un trámite pendiente de resolución y un certificado de residencia precaria renovable “*in eternum*”⁷²), a un eventual “negro” y sombrío destino de abandono forzado, con prohibición de reingreso, resuelto por la Administración. Al respecto, se puede ver lo

⁶⁸ En la práctica, la reconsideración se presenta ante la autoridad migratoria o consular que firmó el acto administrativo. En el caso de ser la autoridad migratoria, se dicta el nuevo acto y –de ser negativo para el particular–, se eleva el expediente (para su tratamiento jerárquico) por vía SADEX (aplicativo interno de la DNM). En el caso de la autoridad consular, el recurso es rechazado casi en forma inmediata y automática (mediante un acto administrativo simple, sin ahondar en los motivos y, por lo general, sin cumplir con los requerimientos legales), e informando que las actuaciones se elevarán a la DNM para tratamiento del recurso jerárquico (luego, Cancillería confecciona un informe reservado para la DNM –explicando los motivos del rechazo– y lo remite por GDE mediante CCOO y, si así no fuera, el extranjero puede considerarlo denegado tácitamente, y exigir a la DNM la resolución del recurso jerárquico).

⁶⁹ Cuyo otorgamiento (necesario para la tramitación de beneficios previsionales y ciudadanía por naturalización, entre otros) posee un atraso realmente excesivo.

⁷⁰ Treinta días para la resolución de recursos de reconsideración y jerárquico (arts. 76 y 78, respectivamente de la ley 25.871).

⁷¹ La norma migratoria no estipula plazo de resolución. Resulta pertinente destacar que el Ministerio del Interior (hoy “Secretaría”) posee un importante atraso administrativo –si bien sus resoluciones son de alta calidad técnica, según mi opinión–.

⁷² Que los habilita a trabajar, estudiar, entrar y salir del país (ver lo dispuesto por art. 20 de la ley 25.871).

comentado por Lila García (2024, p. 2) sobre la precaria, sus efectos y el sentir de las personas migrantes en torno a ello.

No se puede pasar por alto, además, en este punto, la incapacidad actual de la DNM para hacer frente al cúmulo de trámites y expedientes que hoy tiene en carpeta, sobre todo en lo que respecta a expedientes recurridos, los que poseen una gran demora en la resolución (alcanzando hasta dos años o más de espera, incumpliendo los plazos de ley). No está claro de qué manera la DNM (o sus autoridades delegadas y su autoridad superior) podrá hacer frente a lo establecido en la Ley Bases sobre el mencionado plazo de sesenta días.

Siguiendo con la reforma introducida por la Ley Bases, el art. 10, inc. *b* de la ley 19.549, en su redacción actual, estipula: “Cuando una norma exija una autorización administrativa para que los particulares puedan llevar a cabo una determinada conducta o acto en el marco del ejercicio de una facultad reglada de la Administración, al vencimiento del plazo previsto para resolver sin haberse dictado resolución expresa, el *silencio* tendrá sentido *positivo*⁷³. La estimación por silencio administrativo tiene a todos los efectos la consideración de acto administrativo finalizador del procedimiento” (el resaltado me pertenece). Podría entenderse, en este supuesto, por ejemplo, la conducta de “continuar residiendo” en el país, luego de una solicitud de prórroga de residencia. Sin embargo, la Ley Bases también menciona “La reglamentación⁷⁴ podrá determinar otros supuestos específicos en los cuales *no sea de aplicación este inciso*”, ante lo cual, entiendo que estos casos migratorios serían analizados ulteriormente, excluyéndolos de este supuesto, ya que la DNM debe analizar cada caso en particular antes de decidir si concede (o rechaza) la solicitud pertinente. En todo caso, la reciente decisión administrativa 836/2024 resolvió, en su art. 2°, que: “A partir del 1° de diciembre de 2024 los organismos descentralizados de la Administración Pública Nacional deberán implementar el silencio con sentido positivo en el marco de procedimientos administrativos en los cuales tramite el otorgamiento de una autorización administrativa, a través de la Plataforma de Trámites a Distancia (TAD) o de la que la repartición correspondiente utilice a tales efectos”⁷⁵.

En los casos migratorios, conforme vengo mencionando, las personas migrantes prefieren (o tienen que⁷⁶) esperar extensísimos lapsos antes de considerar denegada su pretensión. Asimismo, dudan frecuentemente, por ejemplo, en decidir si les

⁷³ En materia migratoria, este debe leerse, entre otros, en relación con el art. 65 ter del decreto 1759, modificado por decreto 695/2024, referido al procedimiento administrativo para la obtención de autorizaciones regladas.

⁷⁴ Art. 65 quinqués del anexo I. Reglamentación del Título II. Reforma del Estado. De la Ley de Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos n° 27.742: “Exclusión del silencio con sentido positivo. El silencio con sentido positivo en los términos del inciso *b* del art. 10 de la Ley de Procedimientos Administrativos no resultará aplicable a los supuestos específicos que determine el Poder Ejecutivo Nacional, previa solicitud de la Jefatura de Gabinete de Ministros, con informe fundado de las áreas competentes” (actualmente, puntos focales en diversos organismos y reparticiones, se encuentran trabajando en el análisis de este supuesto).

⁷⁵ En el caso de la DNM, el Ra.D.Ex. (para trámites de radicación). Para trámites de certificaciones, se utiliza la plataforma TAD.

⁷⁶ Debido a falta de medios económicos.

conviene interponer (o no) una acción de amparo por mora, ya que temen, en muchos casos, que la DNM les niegue su pretensión frente a una exigencia de ese tipo.

Finalmente, el art. 10 “in fine” de la Ley Bases, respecto al “silencio positivo”, indica que el interesado (en este caso, las personas migrantes) podrá exigir la “emisión del certificado o autorización correspondiente en sede administrativa”.

¿Serían los certificados expedidos por la DNM (de radicación o de movimientos migratorios), uno de estos supuestos? ¿Una persona migrante puede considerarse “radicada” en el país y con derecho a tramitar un DNI si la DNM no resuelve su solicitud en el plazo previsto?

¿Cómo sería ello en la práctica? Si el interesado debe exigir de la administración la autorización o certificación, ésta, para emitirla, claramente, deberá analizar si los extremos legales para su otorgamiento se cumplen (por lo cual, no estaríamos frente a un supuesto de silencio). Gusmán expone las dificultades que presenta en la práctica la inclusión del silencio positivo, mencionando, entre ellas, que “no hay certeza de lo que fue autorizado” (p. 4) y que “el autorizado necesita saber (cuando hay diversas pretensiones) a qué de todo lo que pidió, le han dicho que sí (y) (solo entonces podrá planear, invertir y actuar en consecuencia. Trasladarle la carga de interpretar el sentido del silencio en cada caso concreto, bajo su responsabilidad, resulta irrazonable y abusivo” (2024).

Cabría aquí mencionar (a modo de reflexión⁷⁷) las diferencias entre “autorización administrativa” y “permiso administrativo”, y su aplicabilidad a la cuestión migratoria –en particular, en lo vinculado a las residencias; mencionando, por lo pronto, que la Ley de Migraciones utiliza ambos términos de manera indistinta⁷⁸– en líneas con el Reglamento a la LNPA 1759, modificado por decreto 695/2024 (conf. art. 65 bis).

El art. 65 bis del anexo I de la Reglamentación del Título II –Reforma del Estado– de la Ley de Bases (decreto 695/24) menciona que “se entenderá por *autorización administrativa* al acto mediante el cual la Administración habilita el ejercicio de un *derecho preexistente* del administrado una vez verificado el cumplimiento de las condiciones para su dictado” (el resaltado me pertenece). Cabría preguntarse: ¿encuadrar en este supuesto las autorizaciones o permisos de residencia en el país,

⁷⁷ Pues, en la práctica, en materia migratoria, no parece tener mayores implicancias.

⁷⁸ V.gr., art. 65: “Ningún extranjero o familiar suyo será privado de su autorización de residencia ni expulsado por el solo hecho de no cumplir una obligación emanada de un contrato de trabajo, a menos que el cumplimiento de esa obligación constituya condición necesaria para dicha autorización o permiso”.

otorgados por la DNM?⁷⁹ Los certificados de residencia precaria⁸⁰, que se extienden al solicitante de radicación hasta tanto su trámite se resuelva, no podrían concebirse como una suerte de derecho preexistente, en tanto su expedición no implica necesariamente el otorgamiento de una residencia permanente o temporaria. En tal sentido, si así fuera interpretado, todos los trámites iniciados se resolverían favorablemente (incluso aquéllos en los cuales el extranjero incurriese en algún impedimento de ingreso o permanencia). El otorgamiento de sentido positivo al silencio, en estos casos, podría traer consecuencias no deseadas por el legislador. Seguramente, este será uno de los casos excluidos de aplicación del silencio en sentido positivo, en el futuro próximo (en las resoluciones que se dicten a partir del 1° de diciembre del corriente).

Los *permisos administrativos* son situaciones que están prohibidas por el ordenamiento jurídico y que solamente se pueden realizar a partir de un acto administrativo. En materia migratoria, puede interpretarse a los “permisos de ingreso” al país de personas extranjeras residentes en el exterior⁸¹, entendiéndose que el ingreso al país sin la autorización de la autoridad administrativa está prohibido (migración irregular), y que, sólo mediando un visado, el extranjero puede ingresar y permanecer legalmente. En la práctica, los permisos de ingreso dan lugar a residencias (transitorias, temporarias o permanentes) por lo cual sería equivalente a una autorización. Independientemente de la cuestión terminológica, conforme menciona el art. 65, bis, de la reglamentación actual, “El inciso *b* del art. 10 no alcanzará a los permisos, entendidos como los actos administrativos que excepcionalmente otorgan un derecho frente a una prohibición establecida por la normativa”.

El atraso de la DNM en la gestión de expedientes es histórico e innegable. No es posible solucionarlo (al menos sin violar derechos fundamentales) por intermedio de la realización de procesos “sumarísimos”, como sugirió oportunamente el DNU 70/17. Un adecuado tratamiento del problema requiere la voluntad política de contratar personal suficiente, calificado –y remunerado justamente–, que siga las bases del debido proceso, para poder defender los intereses nacionales, sin menguar el derecho de las personas migrantes al debido proceso adjetivo.

El anexo I de la mencionada reglamentación sugiere, asimismo, la incorporación del art. 65 ter al Reglamento de Procedimientos Administrativos, aprobado por el decreto 1759 del 3 de abril de 1972 (TO. 2017), referido a las “autorizaciones regladas”, indicando que estas tramitarán por TAD (o la plataforma que utilice la repartición

⁷⁹ Para complejizar aún más la cuestión, puede referirse esto también a las autorizaciones emitidas por la Comisión Nacional para los Refugiados (CONARE), que opera en conjunto con la DNM en el otorgamiento de residencias a las personas reconocidas como refugiados bajo la legislación nacional. Ver, al respecto, el art. 22 de la ley 25.871 sobre residencia permanente, el cual menciona “e) Tener la condición de refugiado y cumplir con alguno de los criterios previstos en los incisos *a*, *b* o *c* de este artículo; y el asilado que, cumpliendo con los mencionados criterios, obtuviera la autorización de la autoridad competente en la materia”. La “condición preexistente” sería el cumplimiento de todas las condiciones para ser reconocido refugiado (estar fuera de su país de origen, tener un temor fundado de persecución, por uno de los 5 motivos establecidos por la Convención de Ginebra de 1951, y no querer o no poder acogerse a la protección de su país) es decir, ser un refugiado “de hecho”, hasta tanto obtenga de parte de las autoridades el reconocimiento de su condición “de derecho”.

⁸⁰ El art. 22, inc. e, de la Ley 26.165, de Reconocimiento y Protección al refugiado habla de “autorización” de la CONARE.

⁸¹ www.argentina.gob.ar/interior/migraciones/permisos-de-ingreso.

correspondiente a tales efectos)⁸², mencionando que allí “se indicarán las condiciones necesarias para obtener la autorización, la aplicación del silencio con efecto positivo y el plazo para que el mismo se tenga por configurado”. Veremos de qué manera la DNM se arreglará para actualizar todos los portales que maneja (Ra.De.X., SADEX y TAD⁸³), los que frecuentemente presentan fallas y vacíos.

El propuesto art. 65 ter menciona: “Una vez presentado el pedido de autorización, si la autoridad competente advirtiera la falta de cumplimiento de las condiciones previstas en la normativa aplicable a los fines de su otorgamiento, deberá solicitar al requirente a que, dentro del plazo de diez días, acompañe los elementos o datos faltantes que se encuentren a cargo del particular. En dicho supuesto, el plazo para resolver quedará suspendido a partir de la notificación del requerimiento efectuado y hasta tanto se dé cumplimiento a lo solicitado. La omisión de esta notificación al administrado se considerará falta grave del agente responsable”. Si tomamos el caso de la prórroga de residencias temporarias, esto es muy similar a lo que ocurre actualmente: la DNM intima a la persona migrante (o su apoderado), por vía electrónica al domicilio constituido, a presentar la documentación faltante, en plazos diversos (5, 10, 15 o 30 días), dependiendo de la dificultad que presente la obtención⁸⁴ de la documentación faltante (o su traducción o legalización). La normativa no prevé qué camino tomar si el interesado no presentase la documentación en el período estipulado (que, en este caso, es estrictamente de 10 días). En materia migratoria, este plazo estricto (sin opción a prórroga) no tiene sentido pues, como mencioné, hay situaciones en que las personas migrantes (por motivos diversos) no pueden hacerse de la documentación necesaria en un plazo tan escueto.

No deseo (ni puedo) extenderme mucho más en este punto, ya que existen numerosas cuestiones que aún deben ser determinadas, tanto a nivel normativo como operativo. En este apartado, me he limitado a mencionar algunos de los temas de la Ley Bases (y su reglamentación) que aplica(ría)n a la materia en análisis, invitando al lector a reflexionar sobre lo aquí presentado, y permitiéndome a mí también, decantar la nueva normativa y su aplicación práctica en materia migratoria, mientras aguardamos, también, la resolución de jefatura de gabinete sobre los procedimientos que serán alcanzados (o excluidos) por el instituto del silencio positivo.

⁸² En el caso de la DNM, la plataforma “RADEX”, para iniciar trámites de residencia (por vía directa en el país) el SADEX para tramitación de la residencia una vez iniciadas o supervisión de expedientes de “Permanencia” o Permisos de Ingreso; el TAD, para trámites de certificaciones; PJJ, para trámites judiciales (solicitud de retención o recursos directos interpuestos por migrantes). El GDE –fuera de los casos habitualmente previstos– se utiliza sólo para cuestiones inter-orgánicas (elevación de recursos de alzada y dispensas a la Secretaría de Interior, resolución de recursos jerárquicos interpuestos ante denegatoria de visados, etc.).

⁸³ A lo que se suma el eDAC del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto, utilizado para la tramitación de visas.

⁸⁴ A veces se trata de documentos que se tramitan en el país (como certificados del Registro Nacional de Reincidencia), mientras que, en otras oportunidades, se refiere a documentación en países de origen o de residencia anterior (en los cuales quizás la persona ya no posea vínculos o contactos que puedan ayudarlo a obtener dicha documentación). Asimismo, también hay casos de imposible obtención, como el caso actual de los venezolanos (quienes, vista la rotura de relaciones diplomáticas, se encuentran bloqueados sin poder obtener documentación vital para sus trámites migratorios: actas de nacimiento o matrimonio, cédulas, pasaportes, etc. o legalizaciones de esos y otros documentos).

5. Aplicación temporal de la ley. Revocación por cambio de derecho objetivo DNU 70/2017 y DNU 138/2021

Otro de los asuntos que me ha preocupado en los últimos años, es el de la aplicación temporal de la Ley de Migraciones a partir de los cambios que ha sufrido la normativa en la última década. Me refiero a la modificación introducida por el DNU 70/17 y la vuelta a la legislación anterior y originaria, mediante el DNU 138/21. Dicha cuestión suscitó diversas interpretaciones a nivel judicial, y diverso tipo de argumentaciones por parte de los abogados litigantes.

De esta manera, se dieron, en la práctica, diverso tipo de situaciones jurídica y fácticamente problemáticas (en cuanto a la aplicación temporal de la ley), entre las que se encuentran:

a) Casos migratorios cuyo tratamiento administrativo comenzó bajo la vigencia de la ley 25.871, que se resolvieron (en sede administrativa) bajo la vigencia del DNU 70 y que fueron recurridos (en sede administrativa⁸⁵ y judicial) bajo la vigencia de la ley 25.871 restituida.

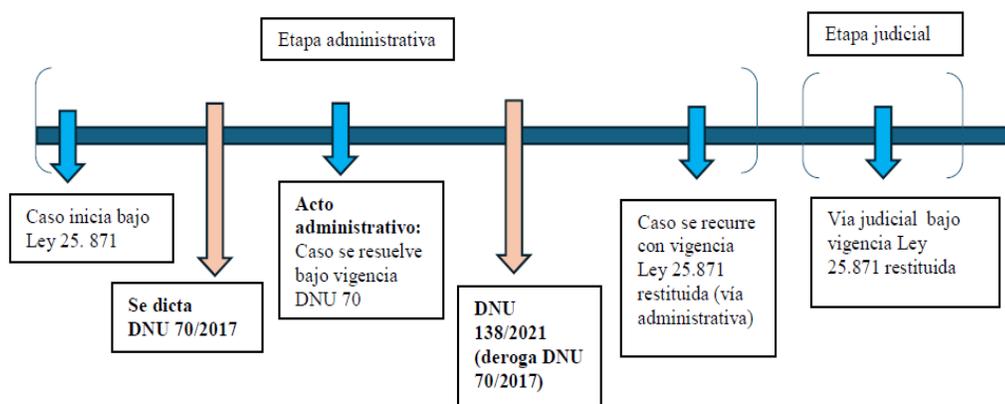


Gráfico 1 (elaboración propia)⁸⁶

En la práctica, la DNM ha tendido a aplicar el DNU 70/17 a todos los casos que se resolvieron bajo su vigencia (dictado del acto administrativo), y se recurrieron bajo vigencia de la ley original restituida (recurso de reconsideración y jerárquico). El Ministerio del Interior, por su parte, en la alzada, ha tendido a una visión distinta y más conservadora (aplicando la norma restituida, a los casos que comenzaron bajo la vigencia de la ley originaria, y se resolvieron –acto– bajo la vigencia del DNU 70/17).

⁸⁵ Recurso de reconsideración, jerárquico, alzada.

⁸⁶ La flecha azul oscura que va de izquierda a derecha representa la línea o recta de tiempo (procedimiento administrativo & judicial).

b) Casos migratorios cuyo tratamiento administrativo comenzó bajo la vigencia de la ley 25.871, resueltos⁸⁷ y recurridos⁸⁸ en sede administrativa bajo la vigencia del DNU 70 (incluida la resolución de los recursos administrativos), y recurridos (y resueltos) en sede judicial⁸⁹ bajo la vigencia de la ley 25.871 restituida.

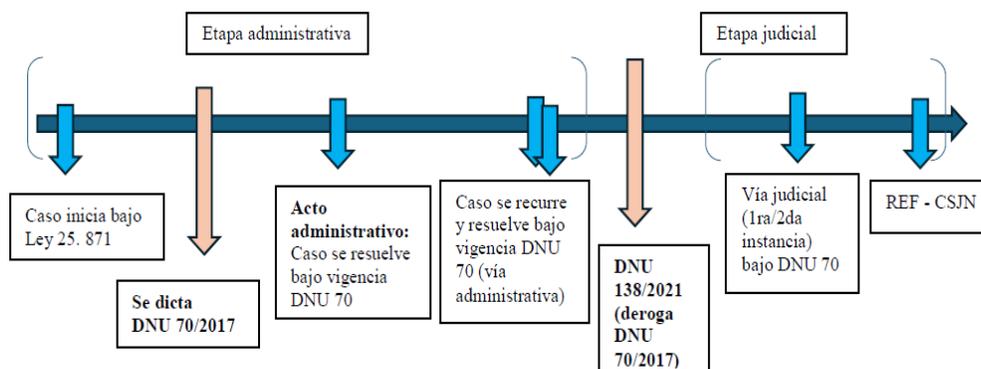


Gráfico 2 (elaboración propia)

c) Casos migratorios que comenzaron, se resolvieron y se recurrieron (en sede administrativa) bajo la vigencia de la ley 25.871, y que, al momento de dictarse el DNU 70/17 se encontraban aún pendientes de resolución (por parte de la DNM o del Ministerio del Interior de la Nación).

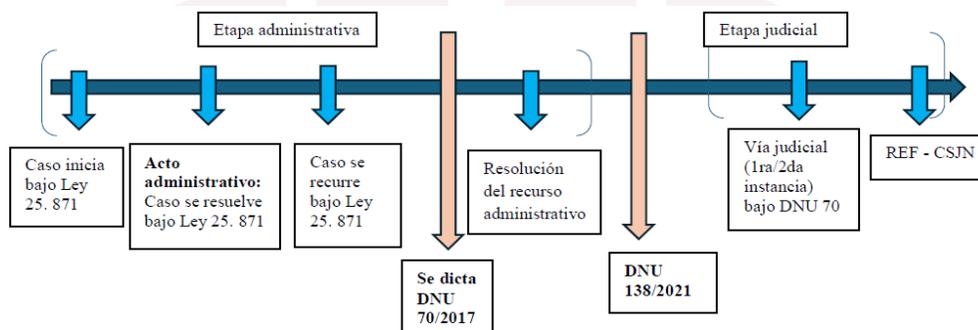


Gráfico 3 (elaboración propia)

⁸⁷ En el caso de Impedimentos, se aplicó la reforma del decreto 70/17, En el caso de Cancelaciones de Residencia, se diferenciaron dos situaciones: 1) cuando la DNM hubiere tomado conocimiento del hecho motivador de la cancelación hasta el 30 de enero de 2017 inclusive, la situación se analizó a la luz de lo dispuesto por la ley 25.871 y 2) en los casos en los que la DNM tomó conocimiento de dicho hecho que motiva la cancelación a partir del 31 de enero de 2017, se aplicó el decreto 70/17 (conf. Memorándum ME-2017-02840536-APN-DGT#DNM).

⁸⁸ Se les aplicó el mecanismo recursivo del DNU 70 (que eliminó dos instancias recursivas, e instauró un “procedimiento sumarísimo”).

⁸⁹ Resolución según Kowashiro Inga, T. (FLP 556/2018), “corresponde devolver las actuaciones al juez de la causa para que –adecuando el proceso, en resguardo de la garantía de defensa en juicio, a fin de que las partes puedan ejercer los derechos que les asisten– examine el asunto a la luz de las nuevas disposiciones vigentes” (conf. Fallos, 330:4554 “Zhang, Hang”) “vuelvan los autos al tribunal de origen para que, por intermedio de quien corresponda, dicte un nuevo pronunciamiento con el alcance indicado en los considerandos que anteceden”.

d) Casos migratorios cuyo tratamiento administrativo comenzó bajo la vigencia de la ley 25.871, resueltos y recurridos en sede administrativa y en primera o segunda instancia judicial bajo la vigencia del DNU 70, y recurridos por vía extraordinaria a la Corte bajo la vigencia de la ley 25.871 restituida⁹⁰.

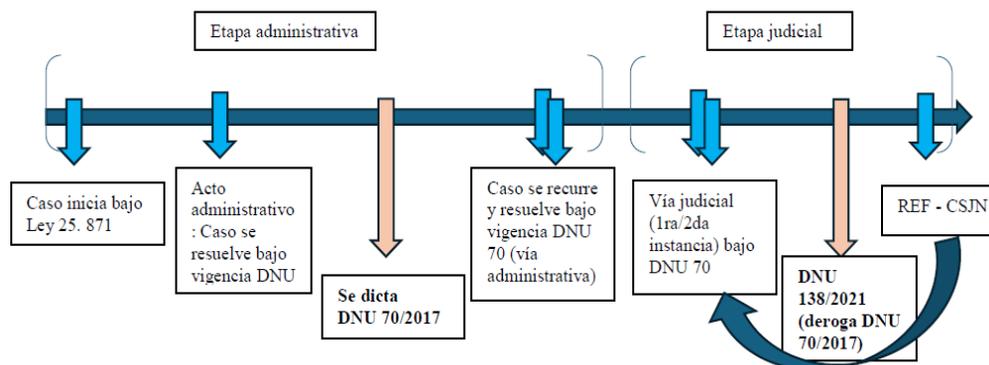


Gráfico 4 (elaboración propia)

Sobre este punto, es dable mencionar los fallos “Kowashiro Inga” (2022)⁹¹ y “García, Arsenio” (2023)⁹². En el primero, la Corte Suprema, en “atención a la variación sustancial de la regulación normativa en un aspecto que fue objeto de cuestionamiento en el recurso extraordinario”, indicó que correspondía devolver las actuaciones al juez de la causa para que, adecuando el proceso en resguardo de la garantía de defensa en juicio a fin de que las partes puedan ejercer los derechos que les asisten, examine el asunto a la luz de las nuevas disposiciones vigentes, dictando un nuevo pronunciamiento (citando a “Zhang, Hang”, *Fallos*, 330:4554). En el segundo, el supremo tribunal reitera su conocida jurisprudencia según la cual “sus sentencias deben ajustarse a las circunstancias existentes al momento de ser dictadas aun cuando fueran sobrevivientes a la interposición del recurso extraordinario” (citando 304:1160; 318:2438; 320:1653 y 335:905). En este orden, aborda la derogación del DNU 70/17, a través del decreto 138/21, que reestableciera el texto originario de la ley 25.871.

También, y más recientemente, es fundamental tener en cuenta lo mencionado en el fallo de Corte referido al caso “Taveras Carmona”, un caso vinculado al art. 29, inc. c en el cual se hizo lugar a una queja planteada y donde ésta menciona en su considerando 5to, “Que ...el cambio normativo operado introdujo una profunda modificación en las características que debe reunir la condena penal que pesa sobre el migrante para habilitar su expulsión del país por parte de la Dirección Nacional de Migraciones”.

⁹⁰ A las claras, también hay casos en los cuales la normativa originaria fue restituida entre la tramitación de la primera y segunda instancia judicial (los omito, para evitar extenderme demasiado).

⁹¹ Caso en el cual se discutía un tema de reunificación familiar (orden de expulsión del país que había recaído en la madre migrante de una menor de edad argentina).

⁹² Un caso en el cual se discutía la orden de retención (cautelar para materializar la expulsión del país).

A lo anterior, cabe agregar la casuística de las notificaciones, y los momentos en que éstas⁹³ tuvieron lugar (me remito al apartado sobre este tema, al respecto)⁹⁴.

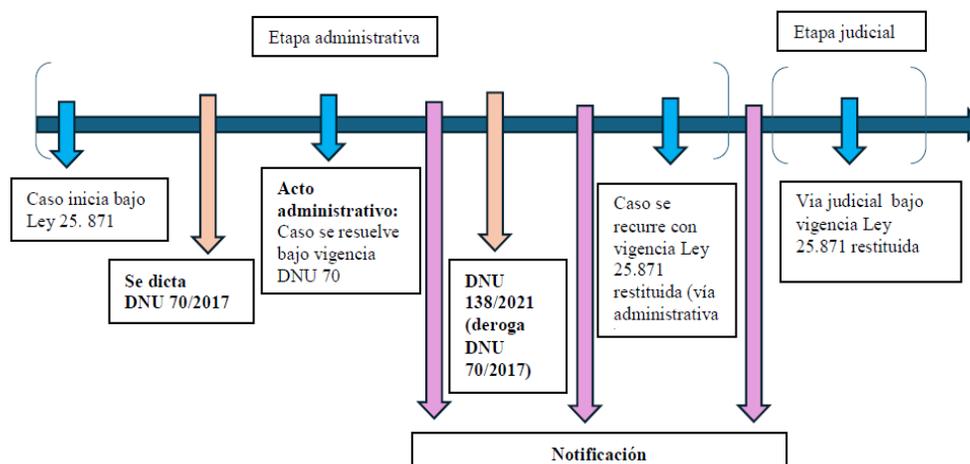


Gráfico 5 (elaboración propia)

El DNU 70/17, redactado y aprobado de manera apresurada y a puertas cerradas, sin la debida consulta pública con actores clave y expertos –en claro contraste con el proceso que llevó a la sanción de la ley 25.871–, generó una serie de inconvenientes tanto para la Administración como para los particulares. Estos problemas tuvieron que ser subsanados posteriormente a través de “parches”, implementados para corregir las graves falencias que quedaron al descubierto con el ejercicio práctico.

Así, encontramos el Memorándum ME-2017-02840536-APN-DGT#DNM (interno de la DNM, pero citado por la jurisprudencia⁹⁵) del 24 de febrero de 2017 (1 mes después del dictado del DNU 70/17, que intentó aclarar ciertas situaciones al interno de la administración: 1) la de los *impedimentos* del art. 29 de la ley 25.871; 2) la de las *cancelaciones de residencia* del art. 62, y 3) la *vía recursiva*. Así, respecto a lo primero (impedimentos), mencionó: “En aquellos expedientes administrativos en que no se haya expedido la Dirección Nacional de Migraciones (DNM), es decir no se haya dictado el primer acto administrativo que encuadra el caso en el impedimento correspondiente, se aplica la reforma del decreto 70/17” (conf. gráfico 1); sobre lo segundo

⁹³ Me refiero a notificación de actos administrativos que resolvieron la pretensión inicial, o de actos que resolvieron la vía recursiva administrativa.

⁹⁴ A ello se sumaron los conflictos de los actos derivados durante la pandemia de Covid-19, que, a pesar de la existencia de normativa que suspendía los procedimientos administrativos, fueron vilmente notificados en dicho contexto. Así, muchas personas (ante el temor de ser expulsadas del país, y frente al desconocimiento de la normativa vigente) se apuraron a recurrir los actos administrativos que sobre ellas recayeron (en el breve, inconstitucional e inconveniente lapso de 3 días, establecido por el DNU 70/17. Algunos de esos casos pudieron ser resueltos de forma favorable, ulteriormente, citando la normativa correspondiente, y las garantías imperantes. Sin embargo, esos fueron los de las personas que tuvieron la suerte de contar con asesoramiento jurídico (público o privado); que no engloba a la totalidad estos casos.

⁹⁵ Probablemente citado inicialmente por algún abogado de la DNM, del departamento Contencioso Administrativo (en algún escrito que no he visto hasta la fecha).

(cancelación): “Cuando la DNM hubiere tomado conocimiento del hecho motivador de la cancelación hasta el 30 de enero de 2017 inclusive⁹⁶, la situación se analizará a la luz de lo dispuesto por la norma vigente hasta ese momento⁹⁷. Por el contrario, si la DNM tomó conocimiento de dicho hecho que motiva la cancelación a partir del 31 de enero de 2017, se aplicará la norma vigente conforme la redacción del decreto 70/17. En ambos casos se aplicará la vía recursiva prevista por el decreto 70/17, conforme se expresara en el apartado 3 del presente”, y por último, respecto a la vía recursiva, estableció que: “A todos los casos en trámite⁹⁸, se aplicará la vía recursiva prevista por el decreto 70/17 (procedimiento sumarísimo)⁹⁹. Deberá ponderarse la vía recursiva que fuera notificada al administrado a los fines del análisis formal de la temporalidad del recurso, para garantizar el debido proceso, y se tomará como base el plazo que le fuera notificado para la interposición del mismo. Al resolverlo, se adecuará a la vía correspondiente prevista por el decreto 70/17, según sea el caso, y se resolverá y notificará al administrado los recursos que le asisten conforme dicha reforma y con los plazos allí contemplados¹⁰⁰ agregando como ejemplos, los siguientes: a) se interpuso recurso de reconsideración en octubre 2016, se está analizando su procedencia, cuando se resuelve y se lo encuadra como recurso jerárquico, agotándose la vía administrativa, notificándose que tiene tres días hábiles desde la notificación para recurrir a la instancia judicial.

b) Se está analizando recurso jerárquico, se resuelve como tal y se notifica que tiene tres días hábiles desde la notificación para recurrir a la instancia judicial”. El Memo de DNM no hizo referencia a los recursos de alzada en trámite (quizás, el Ministerio del Interior haya tenido alguna instrucción similar o equivalente). En la práctica, cuando el Ministerio del Interior rechazaba el recurso, aplicaba el DNU 70/17, indicando que la vía judicial operaba acorde al art. 69 septies (de dicha norma) es decir, el recurso respectivo debía interponerse en un plazo de 3 días desde su notificación (y no de 30 días, como reza la normativa luego restituida, en su art. 84¹⁰¹).

Dicho Memorándum no resolvió todas las situaciones existentes, dejando baches en el camino, cuyos resultados se extienden hasta hoy.

⁹⁶ El DNU 70/17 es de fecha 27/1/17.

⁹⁷ Por ejemplo, en: “Andagua Quispe, K. Stefany C/EN - DNM S/Recurso Directo DNM” (66179/2017).

⁹⁸ “Cuando los hechos constitutivos o extintivos tienen un único momento o si requieren actos continuos o sucesivos y estos están cumplidos bajo el amparo de una única ley, es decir preceden a la entrada en vigencia de la nueva ley, no pueden, en principio, ser alcanzados por los efectos de la nueva ley 3” (Zavala, p. 108).

⁹⁹ Lo que está en paréntesis me pertenece.

¹⁰⁰ Estos casos refieren a los gráficos 2 y 3 presentados previamente.

¹⁰¹ Resulta pertinente señalar, además, que la ley 25.871, en dicho artículo, refiere a la “notificación fehaciente”, mientras que el DNU 70/17 operó con un sistema de notificación de pleno derecho (notificación ficta), en mesa de entradas de la DNM, a los dos días desde la emisión del acto.

Análisis a la luz del derecho civil y la doctrina

El DNU 70/17 no previó la cuestión de la temporalidad, ni un régimen de transitoriedad. Su aplicación tuvo efecto inmediato¹⁰² (expedientes en curso). La dureza de la nueva norma, sumada a la política pública de la época aumentaron exponencialmente la litigiosidad, en materia migratoria.

El Código Civil y Comercial de la Nación en su art. 3° reza “A partir de su entrada en vigor, las leyes se aplicarán aún a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes [aplicación inmediata]. No tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, salvo disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley en ningún caso podrá afectar derechos amparados por garantías constitucionales”. Asimismo, el art. 7 del mencionado texto dispone que “Las leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, excepto disposición en contrario” [irretroactividad de la ley] (los corchetes me pertenecen).

Comadira (2022, p. 243), menciona que “el cambio de derecho objetivo [antes de la resolución del caso migratorio] no transforma en ilegítimo el acto inicialmente válido” (los corchetes me pertenecen, y son utilizados para seguir con la argumentación y ejemplos anteriores). Sin embargo, “la nueva juridicidad [sobreviniente al dictado del acto] puede indicar que ésta, de aplicarse por hipótesis al acto anterior, conduce a la invalidez de éste en un grado variable, según la significación del cambio normativo” (es decir, habla de “ilegitimidad sobreviniente”). Así, tal y como se dio en materia de los DNU 70/17 y 138/21, “en tanto tal situación [el cambio normativo] configura una visión del interés público distinta de la valorada al emitirse el acto... en estos casos, de disponerse la extinción de éste a causa del cambio de derecho, ella se debería regir por los principios propios de la revocación por razones de oportunidad, mérito y conveniencia”. Lamentablemente, la DNM, al restituirse la normativa originaria por vía del DNU 138/21, no previó la revocación de los actos emitidos bajo la vigencia del DNU 70/17. Consecuentemente, muchísimas personas migrantes cuyos procesos habían comenzado bajo una normativa más garantista, resolviéndose bajo otra más restrictiva, quedaron en situación de expulsión con prohibición de reingreso temporaria o permanente, no habiendo podido defenderse correctamente, en base al proceso sumarísimo instaurado, y la restricción de otras garantías básicas. Quedaron exceptuados de ello, quienes tuvieron la suerte de una buena defensa en sede judicial, puesto que, en términos generales, se aplicó la doctrina de la Corte antes mencionada (vuelta al tribunal anterior, o a la sede administrativa, para su análisis a la luz de la normativa vigente). Respecto a los casos que están aún bajo análisis y en proceso de decisión (incluso en sede administrativa), las resoluciones de la DNM varían, y no son armónicas (cuestión que también depende en gran medida de la intervención de sólidos abogados defensores, y de los planteos que éstos esgriman).

Por otro lado, cabe resaltar en este punto que Cassagne entiende (*a contrario sensu* de lo que plantea Comadira) que “la revocación procede retroactivamente

¹⁰² Dicho principio, “Se erige sobre la presunción de que la ley nueva es mejor que la sustituida” (Zavala, p. 100 y 108, citando a Vélez Sarsfield). Sin embargo, como se expuso en el presente texto, y como lo demuestra la jurisprudencia y las manifestaciones de organismos de derechos humanos, este no ha sido el caso, con el DNU 70/17.

cuando el nuevo ordenamiento genera la nulidad absoluta del acto” (Cassagne, p. 291/92, citado en Comadira, 2022)¹⁰³.

En términos generales, me adhiero a la postura de Comadira. Considero que una solución equitativa hubiera sido la revisión exhaustiva de todos los casos de expulsiones y cancelaciones que ocurrieron bajo la vigencia del DNU 70/17 una vez derogado el mismo, dado lo injustas que resultaron las medidas adoptadas en virtud de dicho decreto, y la disparidad en la que se encontraron las personas migrantes, según la casuística antes planteada. La revocación de los actos por oportunidad, mérito y conveniencia emerge como la respuesta más justa y con un sentido amplio (toda la comunidad migrante afectada por el DNU 70), ya que no todos han tenido la posibilidad de acceder a asistencia jurídica (de calidad) y solicitar la revocación de los actos (ya sea por ilegitimidad sobreviniente, o en base a otros argumentos).

Asimismo, considero que el DNU debería haber previsto la cuestión de la temporalidad y las diversas situaciones posibles de cara a su implementación, en respeto a la seguridad jurídica. En particular, concluyo en este punto que el DNU debería haberse aplicado sólo a las nuevas situaciones migratorias y no a las ya existentes y que se encontraban en curso (de resolución). O, como mínimo, prever un “procedimiento sumarísimo” (con garantías básicas y no como el propuesto, inconstitucional) exclusivo para casos que involucrasen a personas en conflicto con la ley penal, manteniendo el original (3 etapas recursivas a nivel administrativo) para personas sin antecedentes penales. También podría haberse previsto un DNU con un plazo de vigencia determinado (si efectivamente hubiese existido “necesidad” y “urgencia” en materia migratoria, no era el caso). La vil maniobra con la que se manejó e implementó el DNU echó luz a la realidad: no se intentó mejorar la legislación existente, no se trató de manejar una situación emergente puntual y de un pequeño grupo de migrantes (ej. narcotráfico), sino que se utilizó –como tantas otras veces– a la migración y a las personas migrantes como herramientas políticas.

6. El control de convencionalidad y sus vicisitudes.

Impacto del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho administrativo migratorio. Protección de la familia. Interés superior del niño

Gutiérrez Colantuono (2022, p. 97) nos recuerda la relevancia del control de convencionalidad interno, como deber estatal y garantía ciudadana, rememorando el caso “Almonacid Arellano”, donde por primera vez la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) lo afirmó (p. 25). En materia migratoria, rara vez se observa un fiel control de convencionalidad por parte de la autoridad de aplicación de la ley de migraciones (DNM, sede administrativa). Son más bien los tribunales (en instancias ulteriores, judiciales) los que realizan dicha valoración.

A su vez, la fiel apreciación de los tratados internacionales con jerarquía constitucional y las opiniones generales y consultivas de órganos y organismos supranacionales en materia de derechos humanos de personas migrantes también son materia pendiente por parte de la DNM (infrecuentemente –por no decir nunca–, he leído

¹⁰³ Ibídem. Cita de Cassagne, *Derecho administrativo*, t. II, p. 291 y 292.

un dictamen o acto administrativo que los mencione –y atienda– verdaderamente, salvo como artificio retórico y mero formalismo en los considerandos de los actos).

Seguidamente, subrayo dos de los grandes asuntos actuales en materia migratoria, vinculados a ello: la protección de la familia (en procesos migratorios) y la valoración del interés superior del niño (frente a procesos de expulsión de sus padres, o en situaciones de menores no acompañados).

Derechos elementales de la familia. Principio de unidad familiar. Derecho a la protección familiar. Niñez migrante. Interés superior del niño

Con relación al derecho a la reunificación familiar, la Ley de Migraciones refiere en su art. 3º, entre sus objetivos “d) Garantizar el ejercicio del derecho a la reunificación familiar”. Del mismo modo, en su art. 10 establece que: “El Estado garantizará el derecho de reunificación familiar de los inmigrantes con sus padres, cónyuges, hijos solteros menores o hijos mayores con capacidades diferentes”. Todo ello en consonancia con el principio rector de la “protección integral de la familia” consagrado en el art. 14 bis de nuestra carta magna.

En este sentido, conforme mencionan Ceriani y Odriozola (2022), más allá de la “reunificación familiar” establecida en la ley 25.871 (arts. 3, 10 y 29), cabe resaltar que lo que aquí está en juego es el “derecho a la vida familiar” –específicamente, a la “unidad familiar”– y, en el caso de niñas/os, a la “no separación de sus padres”.

No debemos olvidar que, como fuente jerárquicamente superior en los términos del art. 31 de la Constitución Nacional, debe ponderarse que el mismo instituto se encuentra enaltecido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en cuanto en su art. 17.1 enuncia: “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado”. Dicho principio se encuentra también consagrado en los arts. 16.3 de la Declaración Universal, VI de la Declaración Americana y 23.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Es dable remarcar que la protección también favorece el desarrollo humano y comunitario y fortalece el núcleo familiar.

La jurisprudencia internacional sostiene arduamente que cuando la prohibición de permanencia de una persona migrante afecte algún derecho fundamental, las medidas que en torno a ello se tomen (v.gr., expulsión) deben ser no sólo dispuestas sobre la base de la ley y perseguir una finalidad legítima, sino, además, resultar necesarias para responder a una necesidad social impostergable, directamente proporcional al fin que se sustenta. Así, ha expresado que “En los casos en que la toma de decisiones implica la potencial separación de una familia, la resultante interferencia en la vida familiar puede justificarse solamente cuando es necesaria para satisfacer una necesidad apremiante de proteger el orden público y cuando los medios son proporcionales al fin” (Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional de Bolivia, párr. 312).

En este sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) dispuso que, cuando existan trámites de expulsión de personas migrantes en los que se encuentre en juego la unidad familiar, los Estados tienen la obligación de garantizar que los procedimientos tomen en consideración los mejores intereses de sus hijos e hijas, así como sus derechos a una vida familiar. Para ello, los Estados deben establecer oportunidades procesales para evitar la expulsión cuando suponga un grave daño para la vida familiar de la persona a ser expulsada y de los integrantes de su

familia. Lamentablemente, en la práctica, esto no suele cumplirse fielmente. Por el contrario, la DNM sigue adelante con procesos de expulsión del país sin valorar todos los extremos necesarios, en el caso concreto. Lo mismo sucede en sede judicial (si bien el fallo C.G., A. antes mencionado, ha marcado un hito en la materia, por cuando se prevé la intervención del defensor de menores).

La Corte IDH, por su parte, en la opinión consultiva OC-21/14, remarca el derecho a la vida familiar de las niñas y los niños en el marco de los procedimientos de expulsión de sus progenitores por motivos migratorios. Así, menciona: “se impone al correspondiente Estado la obligación de realizar una adecuada y rigurosa o estricta ponderación entre la protección de la unidad familiar y los intereses estatales legítimos, correspondiendo determinar, en el contexto de cada caso concreto, que la expulsión de uno o ambos progenitores, no conlleve una injerencia abusiva o arbitraria en la vida familiar de la niña o del niño”.

Principios y estándares internacionales

La observación general 23 del Comité de los Derechos del Niño sobre las obligaciones de los Estados relativas a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional en los países de origen, tránsito, destino y retorno¹⁰⁴ (OG-23 de aquí en adelante), hace mención también al “derecho a la unidad de la familia” (en su # 28), resaltando que “Separar a una familia mediante la deportación o expulsión de uno de sus miembros del territorio de un Estado parte, o bien negándose a que un miembro de la familia entre o permanezca en el territorio, puede constituir una injerencia arbitraria o ilegítima en la vida familiar”. Es dable remarcar también los considerandos 28¹⁰⁵ y 29¹⁰⁶ de la observación general 22 del Comité de Derechos del Niño sobre Principios Generales de Derechos Humanos de Niños en Contexto de Migración Internacional, así como el 32, que hace referencia a la representación letrada gratuita, cualificada e independiente, destacando, además, que la “evaluación del interés superior debe ser llevada a cabo por agentes independientes de las autoridades

¹⁰⁴ Es, en realidad, una observación general conjunta con el Comité de Trabajadores Migrantes, por eso, el plural.

¹⁰⁵ “28. Reconociendo que el interés superior del niño, una vez evaluado y determinado, puede entrar en conflicto con otros intereses o derechos (por ejemplo, los de otros niños, el público o los padres) y que los posibles conflictos tienen que resolverse caso por caso, sopesando cuidadosamente los intereses de todas las partes y encontrando un compromiso adecuado, el Comité destaca en el párrafo 39 de su observación general n° 14 que el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial significa que los intereses del niño tienen máxima prioridad y no son una de tantas consideraciones. Por tanto, se debe conceder más importancia a lo que sea mejor para el niño. Indica además en el párrafo 82 que el propósito de la evaluación y la determinación del interés superior del niño es garantizar el disfrute pleno y efectivo de los derechos reconocidos en la Convención sobre los Derechos del Niño, y el desarrollo holístico del niño”.

¹⁰⁶ 29. Los Estados partes deben velar por que el interés superior del niño se tome plenamente en consideración en la legislación de inmigración, la planificación, la ejecución y la evaluación de las políticas de migración y la adopción de decisiones sobre casos individuales, entre otras situaciones al conceder o denegar las solicitudes de entrada o residencia en un país, en las decisiones relativas a la aplicación de las leyes de migración y las restricciones de acceso a los derechos sociales por parte de los niños o sus padres o tutores, y las decisiones referentes a la unidad familiar y la guarda de los hijos; en todas esas esferas el interés superior del niño será una consideración primordial y, por lo tanto, tendrá máxima prioridad”.

de migración de manera multidisciplinaria, incluida una participación significativa de las autoridades responsables de la protección y el bienestar del niño y otros agentes pertinentes, como los padres, los tutores y los representantes legales, así como el niño”.

A su vez, creo conveniente resaltar la noción de “perspectiva infantil”, mencionada por el Pacto Mundial para una Migración Segura, Ordenada y Regular, que se ajusta a lo antes mencionado, como “consideración primordial en cualquier situación que afecte a los menores en el contexto de la migración internacional”.

Interés superior del niño. Derecho de los menores a ser oídos

De acuerdo con el principio del Interés Superior del Niño, consagrado en tratados internacionales de derechos humanos, cualquier decisión que afecte a los menores debe priorizar su bienestar y estabilidad emocional por encima de otras consideraciones. Tal es el caso de la expulsión del país de uno de los progenitores, cuyas consecuencias, altamente disvaliosas para sus hijos, son evidentes. Si bien los menores no son parte en el proceso de expulsión de sus padres, su entidad de sujetos de derecho frente a tamaña medida es innegable.

Respecto a los derechos procesales, conforme se menciona previamente, el art. 12 de la Convención de los Derechos del Niño señala que: “En todos los procesos, cualquiera sea su naturaleza, de toma de decisiones que puedan afectar a los niños, debe respetarse sistemáticamente el derecho del niño a ser escuchado y a que sus opiniones se tengan debidamente en cuenta, y su habilitación y participación deben ser elementos básicos de las estrategias y programas de atención y protección del niño”¹⁰⁷.

Posible responsabilidad internacional

El Estado argentino puede incurrir en responsabilidad internacional si la Corte Suprema confirma un procedimiento administrativo y judicial sin escuchar a los menores (hijos de una persona que será deportada), sin evaluar su interés superior, ignorando los estándares internacionales y sin aplicar la Convención sobre los Derechos del Niño, la cual tiene jerarquía constitucional. Los organismos administrativos y judiciales intervinientes deberían facilitar la valoración del interés superior de los niños frente a procesos de expulsión de sus progenitores, facilitando que su voz sea escuchada en los procesos (ya sea de manera directa o indirecta), en cumplimiento de los estándares regionales e internacionales vinculados a la cuestión.

Menores no acompañados

Argentina no posee un sistema oficial de tutela de menores no acompañados (como sí existe en otros países, donde aplica un sistema de tutores contratados por el Estado). Este tema estuvo candente en agenda hace algunos años, en los que llegaba un número relativamente considerable (si bien insignificante, en relación con las barcazas del Mediterráneo) a las costas argentinas, en calidad de polizones. Fueron la Iglesia Católica (a través de la FCCAM) y el ACNUR, los que se ocuparon de la cuestión. Hoy en día, los NNA no acompañados quedan desamparados al llegar al

¹⁰⁷ Tomado de Pacheco Tineo, p. 93, párr. 268.

país (son colocados en espacios de acogida para adolescentes con problemas de consumo problemático o de salud mental y, frecuentemente, sufren graves violaciones a derechos humanos y un gran impacto negativo, a nivel emocional)¹⁰⁸.

7. El recurso judicial directo en materia migratoria ¿segunda instancia?

El proceso recursivo en materia migratoria conlleva una instancia administrativa (recurso de reconsideración, jerárquico yalzada) y una judicial. La instancia judicial queda habilitada luego del recurso jerárquico –no es necesaria la alzada–. Dependiendo el caso, se optará por una u otra vía, alternativa o escalonadamente. A su vez, cabe destacar, que existe tanto la “acción común” ante un juez en primera instancia como los diferentes “recursos judiciales directos”¹⁰⁹, analizados por Hutchinson y otros autores.

Al igual que en otras ramas del derecho público, en materia migratoria “el legislador intentó configurar (los recursos judiciales) como unos recursos procesales administrativos de segunda instancia: sin embargo, la jurisprudencia y la doctrina los han considerado como un verdadero juicio o proceso constitutivo de una verdadera instancia jurisdiccional”¹¹⁰. Sin embargo, aunque se los denomine “recursos” (a las acciones interpuestas contra actos administrativos de la DNM) “ello no significa en modo alguno que se pueda concebir a la justicia como una segunda instancia, sino que, por el contrario, ante ella se sigue un auténtico juicio o proceso, cuya misión es examinar las pretensiones que deduzca la actora en razón de un acto administrativo”¹¹¹. En particular, cabe aclarar que “no son estrictamente recursos, pues la vía administrativa no es *una instancia judicial primaria*, para que sea el acudir a la justicia una segunda instancia, y, por tanto, objeto de *recurso judicial*”¹¹².

Para concluir, “nunca en nuestro sistema jurídico la justicia actúa como una ‘segunda instancia’ de lo decidido en sede administrativa, sino como una instancia original ‘suficiente y adecuada’”¹¹³.

La revisión en sede judicial de lo actuado en sede administrativa resulta particularmente fundamental con relación a las órdenes de expulsión del país. Una revisión amplia y pormenorizada de las cuestiones de hecho y de derecho planteadas en sede administrativa (conf. el fallo “Fernández Arias”, y lo que menciona Cassagne) resulta clave para garantizar un efectivo acceso a la justicia y alcanzar soluciones equitativas y conforme a derecho.

¹⁰⁸ He tenido la posibilidad de acompañar algunos de ellos, a través del trabajo de la ONG Fundación Migra.

¹⁰⁹ Hutchinson, Tomás, *Los llamados recursos judiciales directos en el ordenamiento nacional: un régimen anómalo*, “Revista de Derecho Público”, p. 95 a 116.

¹¹⁰ Idem, p. 97.

¹¹¹ Ibídem.

¹¹² Idem, p. 98.

¹¹³ Ibídem.

8. La discrecionalidad administrativa en materia migratoria y su control judicial

Uno de los aspectos más controversiales en materia migratoria, es el de la discrecionalidad de la Administración para el otorgamiento de “dispensas” frente a órdenes de expulsión del país (art. 29 “in fine”, ley 25.871)¹¹⁴. Ante esta situación, la persona migrante puede solicitar el “perdón” de la autoridad de aplicación, por haber infringido la normativa administrativa o por no contar con los criterios básicos para una residencia, basado en razones humanitarias o de reunificación familiar¹¹⁵. La autoridad tiene la facultad de decidir si concede o no dicha dispensa (y dicha facultad es discrecional). Recordando que, discrecionalidad implica la toma de decisión por la autoridad, en base a la elección de dos o más soluciones jurídicas (en este caso, la de “aceptar” el pedido de dispensa o “rechazarlo”).

Ahora bien, como frente a cualquier petición (art. 14, Const. Nacional), la DNM debe dar una respuesta justificada y razonada de la decisión que adopte al respecto. Es decir, el actuar de la administración no deber ser arbitrario y debe estar motivado.

Cabe aquí preguntarse si la respuesta al pedido de dispensa habrá de realizarse mediante acto administrativo, si éste es susceptible de ser revisado judicialmente y, si lo es, con qué alcance.

Frente a la primera pregunta, la respuesta es afirmativa: la decisión de la DNM de rechazar un pedido de dispensa debería realizarse mediante la emisión de un acto administrativo, el cual resulta revisable judicialmente. La ley 25.871 en su art. 89 menciona: “El recurso judicial previsto en el art. 84, como la consecuente intervención y decisión del órgano judicial competente para entender respecto de aquéllos, se

¹¹⁴ La cuestión de la discrecionalidad cobra particular relevancia en materia migratoria. El art. 29 in fine de la ley 25.871 menciona que “La Dirección Nacional de Migraciones, previa intervención del Ministerio del Interior podrá admitir, excepcionalmente, por razones humanitarias o de reunificación familiar, en el país en las categorías de residentes permanentes o temporarios, mediante resolución fundada en cada caso particular, a los extranjeros comprendidos en el presente artículo”. Sin embargo, esta es una de algunas de las cuestiones vinculadas a la discrecionalidad migratoria, pues la DNM ejerce dicha facultad en todos sus actos y, en muchos casos, parecería que la prerrogativa es absoluta, y exenta del control judicial. Ver, al respecto: Parma, A. (2022) p. 191, y Chausovsky, G. (1997).

¹¹⁵ El DNU 70/2017 agregó “o de auxilio eficaz a la justicia”, mencionando que “La admisión o permanencia excepcional también podrá ser concedida a los extranjeros que brinden en sede judicial información o datos precisos, comprobables y verosímiles vinculados a la comisión de alguno de los delitos contra el orden migratorio de los cuales hubiera tomado conocimiento en calidad de sujeto pasivo. [ej. el tráfico ilegal/ilícito de personas –que incluye la falsificación o falsedad ideológica de documentos y visas y el suministro de dichos documentos–, la promoción o facilitación de permanencia ilegal de extranjeros con el fin de obtener un beneficio, petición de beneficio para un extranjero mediante la presentación de documentación material o ideológicamente falsa, etc.]. Para la procedencia de esta dispensa será necesario que los datos o información aportada contribuyan a evitar o impedir el comienzo, la ejecución o consumación de un delito; a esclarecer el hecho objeto de investigación u otros conexos; a revelar la identidad o el paradero de autores, coautores, instigadores o partícipes de estos hechos o de otros conexos; a proporcionar datos suficientes que permitan un significativo avance de la investigación; o a averiguar el destino de los instrumentos, bienes, efectos, productos o ganancias del delito” (los corchetes me pertenecen). Dicha opción puede parecer a primera vista interesante, para luchar contra el delito y el crimen organizado. Sin embargo, no tiene en consideración la situación de inseguridad y vulnerabilidad a la cual se enfrentaría la persona migrante, en muchos casos, y es dable dudar de la posibilidad o moralidad de denunciar a alguien que los ayudó en algún momento (en algunos casos, sin siquiera saber que cometían un delito), por la posibilidad de obtener un beneficio migratorio (dispensa).

limitarán al control de *legalidad, debido proceso y de razonabilidad* del acto motivo de impugnación” (el resaltado me pertenece). En otras palabras, no puede el Poder Judicial intervenir en cuestiones de oportunidad, mérito y conveniencia, pero sí en la legalidad, garantías del debido proceso y razonabilidad del actuar administrativo. De no haber revisión judicial, entraríamos en el campo de las cuestiones políticas no justiciables (ajenas a esta materia).

Lo más importante y complejo en la práctica judicial será evaluar la razonabilidad (medios-fines) de la medida. En la práctica, ello se ve reflejado en la falta, insuficiencia o deficiencia de motivación de un acto administrativo. La consecuencia derivada de la revisión judicial de un acto discrecional de la Administración que violó alguno de los preceptos legales mencionados y que es lesiva de garantías constitucionales y convencionales sería la declaración de nulidad. Ahora bien, algunos se han preguntado si esta dispensa puede concederse en sede judicial o bien, simplemente, esta facultad se limitaría a la de anular la decisión y devolver el expediente a sede administrativa para que, previa evaluación de los elementos viciados, la Administración dicte un nuevo acto, siguiendo determinadas pautas y lineamientos. La segunda alternativa es la que se ha dado en la práctica, pues se trata de resguardar la división de poderes. Sin embargo, bien puede suceder (y sucede habitualmente) que la DNM emita un nuevo acto casi idéntico al primero, haciendo caso omiso de las indicaciones del Poder Judicial. Ello –sumado a la imperiosa necesidad de hacer frente a las implacables demoras que ostenta la Administración en la resolución de los trámites– ha llevado en algunos casos a la adopción, por parte del Poder Judicial, de una postura sustitutiva de la voluntad administrativa (ejerciendo un control positivo, “duro” o “sustitutivo” en palabras de Silverio Gusmán, p.120, por oposición a un control negativo, “blando” o “revisor”).

La revisión judicial de la discrecionalidad de la Administración sólo puede limitarse a la legalidad y razonabilidad de la medida dispuesta. De este modo, según el caso concreto, ante una orden de expulsión del país y un pedido de dispensa por parte de la persona que será expulsada, la DNM valorará diversos extremos para adoptar una postura (confirmar expulsión) u otra (dispensar, y autorizar la permanencia en el país). En el caso “Barrios Rojos”, la DNM “aduce que la cámara sustituyó competencias que la ley atribuye a la DNM, violando de ese modo el principio de división de poderes”.

9. Cuestiones de género¹¹⁶

La perspectiva de género es uno de los grandes desafíos de la aplicación de la Ley de Migraciones. En relación a ella, se puede mencionar la casuística más frecuente y controversial: por un lado, los casos de expulsión del país de personas migrantes que han sido condenados por delitos sexuales o vinculados a violencia de género (tanto respecto a sus ex esposas, como a sus hijos, hijas u otros familiares). Por otro, se encuentran los casos de personas del colectivo “trans” que cuentan con antecedentes penales, pero que, de ser expulsadas, correrían riesgo o sufrirían serias violaciones a derechos en sus países de origen (ej. Perú). Se trata de casos

¹¹⁶ Ver fallo Fangi, Vargas Leulán.

extremadamente complejos que requieren una muy delicada valoración por parte de las autoridades administrativas y judiciales.

OM CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

Le damos la bienvenida a la Base de Jurisprudencia con perspectiva de género. COMPENDIO DE JURISPRUDENCIA

Hemos construido la presente base con el trabajo y compromiso de todas las Jurisdicciones del país. Tiene como objetivo dar a publicidad sentencias emitidas por Tribunales de todo el territorio nacional, donde se reflejan estándares internacionales de derechos humanos de las mujeres.

BÚSQUDA DE JURISPRUDENCIA SOBRE GÉNERO

Respuesta libre

Selección estándares

Selección estándares

Selección estándares

Fecha de sentencia desde:

Fecha de sentencia hasta:

Jurisdicción:

Tipo de dependencia:

Dependencia:

Estado de la sentencia:

No soy un robot

Buscador de sentencias de género

10. Medios de prueba

El Código Civil y Comercial de la Nación establece que “son aplicables en este proceso judicial, todo tipo de prueba y sin limitación”. Los tribunales tienen la potestad de evaluar si la prueba ofrecida es conducente o no, así como el valor probatorio del medio de que se trate, en el caso concreto. Ahora bien, es de remarcar que, en sede administrativa, rara vez la DNM produce la prueba ofrecida y, además, no suele ofrecerla de parte suya, en el procedimiento administrativo. Por ejemplo, bien podría la DNM (en pos de la verdad jurídica objetiva) ofrecer cámaras de seguridad o partes diarios o de novedades de los puestos de control fronterizo. Sin embargo, no suele hacerlo. Por lo general es la persona migrante quien ofrece pruebas, si ha tenido la suerte de contar con representante legal, puesto que, si no lo poseyera, extraño sería que pudiera hacerse de los medios y estrategias procesales necesarias para presentar y defender su caso correctamente.

Considero que, si la DNM tuviese como práctica habitual producir la prueba ofrecida, muchos casos se resolverían antes (en instancias recursivas previas, a nivel administrativo y/o antes de llegar a la vía judicial).

En sede judicial, el criterio lamentablemente no difiere, por lo general: rara vez se produce la prueba ofrecida en un caso migratorio: algunos funcionarios de menor rango expresan su pesar al respecto, conscientes de que en muchos casos se vulneran las garantías del debido proceso, pero limitados en su capacidad de actuación debido a su posición.

De este modo, una cantidad significativa de casos que deberían resolverse favorablemente para las personas migrantes (particularmente en situaciones de

expulsión del país) terminan siendo resueltos de manera negativa e injusta, vulnerando preceptos constitucionales y convencionales.

11. Responsabilidad del Estado

La responsabilidad aquiliana del Estado argentino no se ha puesto en jaque, a la fecha (hasta donde mi conocimiento se extiende) por cuestiones vinculadas a la temática migratoria.

Las acciones judiciales relacionadas a la materia se entablan, en términos generales, para declarar la nulidad de los actos administrativos de la DNM (recurso directo), por la vía del amparo (por mora, por lo general) o del hábeas corpus. Una vez satisfecha (o no) la pretensión principal, los sujetos involucrados no suelen llevar la cuestión, en caso de ser viable y pertinente, a una acción de reparación por daños y perjuicios. Dicha falta de accionar, se debe –desde mi perspectiva– a dos factores principales: por un lado, la dificultad de llevar adelante un litigio (tanto a nivel económico, como de la prueba de los extremos de la responsabilidad), y por otro, al carácter mismo de los procesos migratorios: dinámicos y ágiles, razón por la cual, quien demanda no siempre se encuentra en el país para iniciar la acción, una vez pasada la situación conflictiva.

Conforme nos recuerda Cuadros (2018, p. 198), “en el caso del Estado, probar la ilegalidad de una acción u omisión dañosa que le resulte imputable implicará acreditar alguna de las siguientes hipótesis: a) el incumplimiento de un deber o la ejecución irregular de una obligación legal mediante actos, hechos u omisiones de sus funcionarios; b) la infracción legal resultante de hechos u omisiones materiales de sus empleados, y c) la transgresión de la igualdad en la imposición de cargas públicas con causa en una decisión legal, formal o material, o del acto administrativo de aplicación de tal normativa”.

Los supuestos de responsabilidad del Estado en los términos de la ley 26.499, en su vínculo con la cuestión migratoria pueden ser variados: ej. por acciones contrarias a derecho (como ser el rechazo ilegal del ingreso o la permanencia en el país, la restricción de la libertad, el trato cruel o inhumano en zonas de frontera o al interior del territorio, entre otros), omisiones o error. Sin embargo, esta responsabilidad nunca se extiende por daños y perjuicios en materia migratoria (hasta donde llega mi conocimiento de la cuestión)¹¹⁷.

A nivel internacional, pueden observarse algunos casos de responsabilidad estatal en la temática migratoria que podrían, quizás, más adelante, inspirar acciones (y soluciones judiciales) por las cuales las personas (físicas o jurídicas, nacionales o extranjeras) puedan percibir un resarcimiento (indemnización por daños y perjuicios) por parte del Estado argentino, por el deficiente accionar estatal con relación a la movilidad humana internacional. Resalto, a modo de ejemplo, un caso de la Corte Europea de Derechos Humanos¹¹⁸ que “resolvió que el Estado italiano debía pagar, en el plazo

¹¹⁷ Si los docentes conocen algún caso al respecto, agradecería se me informe para poder mejorar el presente escrito.

¹¹⁸ “J. A. and others v. Italy” (n° 21329/18), sentencia del 30/3/23, disponible en: <https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-109231>.

de tres meses a partir de la fecha de la sentencia firme, por un lado, €8500 a cada demandante¹¹⁹, más cualquier impuesto que pudiera ser exigible, en concepto de daño moral; por otro lado, €4000, conjuntamente, más cualquier impuesto que pudiera ser exigible a los recurrentes, en concepto de costas y gastos¹²⁰, por los tratos recibidos en el “hotspot” al cual fueron trasladados en Lampedusa, que incluían la ausencia de información en idioma comprensible sobre sus derechos, el trato inhumano y degradante de hacerlos desnudar para registrarlos y atarlos con cuerdas, la falta de entrega de copias sobre los documentos que les hicieron firmar y de traducción al momento de la firma, así como la imposibilidad de salir de las instalaciones del centro, entre otros.

Conclusiones

Existe un importante número de cuestiones que imponen desafíos en la aplicación de la normativa y demandan la remoción de obstáculos. Siendo la migración un fenómeno dinámico y encontrándose la materia migratoria en pleno y constante desarrollo normativo a nivel internacional (derecho comparado), se identifican ciertas cuestiones que ameritarían (quizás) un cambio normativo, para permitir un mejor (e incluso más justo) abordaje de la cuestión. Dicho cambio debería llevarse adelante mediante un proceso abierto y participativo en el cual todos los actores relevantes puedan ser consultados y escuchados para poder desarrollar la mejor norma que sirva a nuestro país y a la comunidad. La negativa experiencia del DNU 70/17 con relación a los conflictos a nivel procedimental y judicial que éste suscitó, y el angustiante impacto negativo que tuvo en la vida de muchas personas migrantes –que vieron afectado su derecho de defensa– debería servir de lección a futuro, para la construcción colectiva de un sistema eficaz y eficiente de gobernanza migratoria.

Si bien los trámites y procedimientos migratorios no requieren de abogados ni gestores, en la práctica, frente a situaciones de envergadura, quienes acceden a la posibilidad de recibir asesoramiento jurídico especializado tienen considerablemente más chances de resolver sus pretensiones de manera favorable. En un país que posee una Constitución nacional que estimula la migración, y una ley migratoria que reconoce el derecho humano a migrar, los procedimientos administrativos migratorios deberían ser fáciles, simples y eficientes (en líneas con el espíritu de la recientemente aprobada Ley Bases y su reglamentación) para que las personas migrantes realmente puedan materializar el derecho a la auto representación en sede administrativa.

La Ley Bases trae aparejados diversos cambios al procedimiento administrativo migratorio (procedimiento especial). El proceso de implementación es aún incipiente. Un importante número de cuestiones deberán ajustarse para hacer frente a lo que menciona la norma.

¹¹⁹ Ciudadanos tunecinos que habían llegado a las costas italianas en embarcaciones precarias, y que habían sido llevados a un Centro Fronterizo de Identificación de Inmigrantes (“hotspot”) en Lampedusa.

¹²⁰ P. 126, www.csjn.gov.ar/dbre/investigaciones/2023_1.pdf.

Bibliografía

- Cafure, Martín, J., *Los sumarios secretos*, Pensamiento Penal, 2016.
- Canosa, Armando N., *Procedimiento administrativo: recursos y reclamos*, Bs. As., Astrea, 2ª ed., 2014.
- Ceriani Cernadas, Pablo - Odriozola, Ignacio, *Personas migrantes. Expulsiones. Niños y niñas. Educación*. CSJN, “Huang, Qiuming c/EN-DNM s/recurso directo DNM”; “Otoya Piedra, Cesar Augusto c/EN-DNM s/recurso directo DNM”, 7 de diciembre de 2021 y “Costa Ludueña, Peter Harry c/UBA s/Amparo Ley 16.986”, 28 de octubre de 2021, “Blog Debates sobre Derechos Humanos”, 2022, en: <https://debatesdh.blogspot.com>.
- Chausovsky, Gabriel, *El trato a los extranjeros: garantías judiciales*, XIX Congreso Nacional de Derecho Procesal, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas, Universidad Nacional del Nordeste, Corrientes, 1997.
- Comadira, Julio R., *El acto administrativo en la ley nacional de procedimientos administrativos*, Bs. As., La Ley, 2022.
- Comadira, Julio P., *Ley de medidas cautelares en las causas en las que es parte o interviene el Estado*, Bs. As., Cátedra Jurídica, 2021.
- Cuadros, Oscar A., *Responsabilidad por daños y Estado*, Bs. As., Astrea, 2018.
- Escola, Héctor J., *Tratado general de procedimiento administrativo*, 2ª ed., Bs. As., Depalma, 1981.
- Fagnani, Gastón, *Temas de derecho administrativo*, Bs. As., Erreius, 2024.
- García, Lila, *Decisiones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina) sobre control migratorio (2004- 2018)*, “Periplos”, vol. 3, n° 1, 2019.
- *Práctica y discurso de los operadores judiciales en sus decisiones de control migratorio: el caso de la justicia administrativa federal en la ciudad de Buenos Aires*, “Revista Estudios Socio-Jurídicos”, vol. 18, n° 1, enero-junio, 2016, Universidad del Rosario, Bogotá, p. 77 a 102.
- *Waiting with rights: ¿the best of limbos? The experience of the precarious residence in Argentina*, Time, Temporalities & Migration Law International Symposium on the Role and Meaning of Time in Migration Law, Uppsala University, 2024.
- Giustiniani, Rubén en Carello, Paula - Dabel, Leandro (comps), *Migración: un derecho humano. Balances y desafíos sobre la ley de migraciones argentina*, Rosario, UNR Editora; Bs. As., Eudeba, 2024.
- Gutiérrez Colantuono, Pablo Á., *Control de convencionalidad en la Administración pública*, Bs. As., Astrea, 2022.
- Gusman, Alfredo, *El silencio administrativo positivo. ¿Oasis o espejismo?*, LL, 2024-A-258.
- *Poder Judicial y poder discrecional: problemas contemporáneos*, “Revista de Derecho Público”, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2021.

- Halperin, David A. - Gambier, Beltrán, *La notificación en el procedimiento administrativo*, Bs. As., Depalma, 1989.
- Hutchinson, Tomas, *Los llamados recursos judiciales directos en el ordenamiento nacional: un régimen anómalo*, “Revista de Derecho Público”, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2011.
- Hutchinson, Tomas, “La inactividad de la Administración y su control”, en *Control de la Administración pública*, Bs. As., RAP, 2009.
- Isabella, Diego P., *Silencio administrativo y acceso a la justicia*, Bs. As., Astrea, 2022.
- Juan Lima, Fernando, “El silencio de la administración y la habilitación de la instancia judicial”, en Dos Santos, Marcelo (dir.), *Una mirada desde el fuero contencioso administrativo federal sobre el derecho procesal administrativo*, disponible en: <https://biblioteca.csjn.gov.ar/cgi-bin/koha/opac-detail.pl?biblionumber=18970>.
- Ministerio Público Fiscal, *Los derechos de los extranjeros en el sistema penal argentino*, Dirección General de Cooperación Regional e Internacional, 2017, en www.mpf.gov.ar/cooperacion-ai/files/2017/10/Derechos_extranjeros.pdf.
- Muñoz, Rosario, *El caso C.G.: un largo recorrido en búsqueda de soluciones duraderas*, “Revista del Ministerio Público de la Defensa de la Nación” n° 17, 2022, en <https://repositorio.mpd.gov.ar/jspui/bitstream/123456789/4059/1/Revista%20del%20Ministerio%20Publico%20de%20la%20Defensa%2017%20FINAL.pdf>.
- Parma, Agustín - Rodríguez, Mariano, “El proceso judicial contra la decisión administrativa de expulsión de migrantes en la República Argentina, a la luz del principio de tutela judicial efectiva”, en Pérez Curci, Juan I. (dir.), *Migrantes y refugiados en conflicto con la ley*, Bs. As., Hammurabi, 2022.
- Pérez Curci, Juan I. (dir.), *Migrantes y refugiados en conflicto con la ley. Protección jurídica interdisciplinaria*, Bs. As., Hammurabi, 2022.
- Serrano Guirado, Enrique, *La notificación de los actos administrativos en la jurisprudencia*, “Revista de la Administración Pública” n° 1, enero-abril, 1950.
- Treacy, Guillermo, “El debido proceso migratorio: claroscuros de la interpretación jurisprudencial la partir de la vigencia de la ley 25.871”, en Giustiniani, Rubén, *Migración: un derecho humano*, Rosario, UNR Editora; Bs. As., Eudeba, 2024.
- Zavala, Gastón, *Temporalidad de la ley. Incidencia en las situaciones jurídicas en curso*, “Revista del Notariado”, 2017.

© Editorial Astrea, 2025. Todos los derechos reservados.