



Universidad Abierta Interamericana
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Sede Centro

TRABAJO FINAL

“Régimen jurídico migratorio actual en Argentina: un análisis desde la mirada del derecho administrativo”

Alumna: Yang Yanjing.

E-mail: ceciliayang1958@hotmail.com

Teléfono: 1138806748

Tutor: Dr. Agostinelli, Carlos Walter.

Carrera: Abogacía.

Título a obtener: Abogado.

Abril de 2021

¿Por qué razón he dicho que en Sud América, gobernar es poblar, y en qué sentido es esto una verdad incuestionable? -Porque poblar, repito, es instruir, educar, moralizar, mejorar la raza; es enriquecer, civilizar, fortalecer y afirmar la libertad del país, dándole la inteligencia y la costumbre de su propio gobierno y los medios de ejercerlo.

Juan B. Alberdi.

“Todos somos extranjeros, salvo en nuestro propio país”

Gabriel Chausovsky.

Resumen.

Argentina siempre ha sido un país receptor de los migrantes desde la época de Sarmiento y Alberdi, los migrantes forman un sector indispensable en la sociedad argentina. En el campo del derecho, la materia migratoria ha sido una tarea transcendental para el estado en cuanto a su regulación y reglamentación porque la protección de los derechos humanos y su adecuación a los estándares internacionales, especialmente el derecho de acceso a la justicia y la garantía del debido proceso, constituyen una responsabilidad fundamental de un estado de derecho.

En este escenario existen múltiples factores que participan a la formación del régimen jurídico migratorio tales como las fuentes del derecho migratorio (la ley vigente 25.871 y sus decretos reglamentarios); la administración pública, o sea el poder ejecutivo y su ente descentralizado-la Dirección Nacional de Migraciones (en adelante la DNM) y el sistema del control judicial hacia los actos administrativos, especialmente sus procedimientos administrativos, siendo esos tres elementos claves para comprender nuestro régimen jurídico migratorio para la posible perfección jurídica futura en la materia mencionada.

En definitiva, se plantea que es importante investigar el régimen jurídico migratorio desde la mirada del derecho administrativo, analizando las actuaciones de las autoridades participantes y su exteriorizaciones: leyes, decretos, actos administrativos y resoluciones judiciales, para luego abordar las funciones excesivas y acumulativas que tiene la autoridad de aplicación de la política migratoria: la DNM, su ineficiencia y su discrecionalidad impropia en la actividad regulatoria, y finalizar este trabajo con la carencia de un tribunal migratorio especial y la falta de una participación del control judicial suficiente. La complejidad proveniente desde las evoluciones normativas hasta las

prácticas en los expedientes administrativos y resoluciones judiciales en materia migratoria implica un desequilibrio del poder entre la administración pública y el control judicial, y a su vez, la necesidad de una revisión integral futura del régimen jurídico migratorio, particularmente, sus aspectos administrativos para adecuarse a los estándares internacionales.

Palabras claves: migrante, derechos humanos, estándares internacionales, derecho migratorio, derecho administrativo, derecho de acceso a la justicia, debido proceso, administración pública, DNM, acto administrativo, procedimiento administrativo, desequilibrio, control judicial.

Índice

Resumen.....	1
<i>I. Introducción.....</i>	<i>5</i>
<i>II. Objetivos.....</i>	<i>6</i>
II.1. Objetivo Generales.....	6
II.2. Objetivos Específicos.....	6
<i>III. Marco Teórico.....</i>	<i>7</i>
<i>IV. Metodología.....</i>	<i>7</i>
<i>V. La importancia de los migrantes tanto en la conformación nacional como en la regulación judicial.....</i>	<i>8</i>
<i>V.1. Breve historia de la inmigración argentina: la primera ola y sus respectivas evoluciones normativas.....</i>	<i>8</i>
V.2. Breve historia de la inmigración argentina: la segunda ola y sus respectivas evoluciones normativas.....	10
<i>VI. Derecho constitucional en materia migratoria.....</i>	<i>11</i>
VI.1. El preámbulo y los artículos 14, 20 y 25 de la Constitución Nacional.....	11
VI.2. El rango constitucional de los tratados internacionales de derechos humanos sobre los inmigrantes.....	12
VI.3. El compromiso internacional de Argentina a los derechos humanos de los inmigrantes.....	13
<i>VII. Derecho sobre los migrantes y su relación con el derecho administrativo.....</i>	<i>13</i>
VII.1. Derecho internacional migratorio, principios administrativos destacados en los tratados internacionales de derechos humanos: los estándares internacionales.....	14
VII.2. El derecho migratorio nacional argentino y el derecho administrativo.....	17
<i>VIII. La ley y el reglamento.....</i>	<i>17</i>
<i>IX. La ley de procedimiento administrativo 19.549 (1972): la validez de un acto administrativo y la regulación en aspectos administrativos generales.....</i>	<i>18</i>
<i>X. Los procedimientos administrativos particulares.....</i>	<i>19</i>
X.1. La Ley 25.871: los procedimientos recursivos.....	19
X.2 La opinión jurisprudencial sobre un procedimiento particular: la expulsión con retención preventiva: la importancia de la legalidad.....	22
<i>XI. La monopolización del derecho en materia migratoria por la administración pública: la raíz del desequilibrio.....</i>	<i>23</i>

XI.1. El rol del poder ejecutivo: la relación con su órgano y su ente autárquico.....	23
XI.2. La facultad discrecional de la DNM.....	25
XI.3. La ineficiencia en la actividad administrativa de la DNM: perjudica a los extranjeros el acceso de algunos derechos determinados.....	27
XII. El desarrollo del desequilibrio: de decreto reglamentario 616/2010 a Decreto 70/2017 a decreto 138/2021.....	29
XII.1. Decreto 616/2010.....	30
XII.2. DNU 70/2017 y DNU 138/2021.....	30
XII.3. Estudios de casos.....	33
Primera etapa: la entrada de la vigencia de la Ley 25.871: expedientes de la DNM Número 100563/2004, Jurisdicción CABA.....	33
Segunda etapa: la actualización de la aplicación de la Ley 25.871 por el decreto 616/2010: expedientes de la DNM Número 61008/2015, Jurisdicción CABA.....	33
Expedientes de la DNM Número 61284/2014 y 19963/2014 Jurisdicción Delegación Córdoba.....	34
Tercera etapa: la entrada de vigencia del decreto 70/2017 y su consecuencia: expediente de la DNM Número 41375/2017. Jurisdicción CABA.....	34
XIII. Reflexiones en la adecuación a los estándares internacionales de los derechos humanos para las personas extranjeras.....	35
XIV. El sistema de control judicial en el régimen migratorio: amplio, pero con limitaciones.....	36
XV. Derechos comparados. El caso chileno.....	40
XVI. A modo de conclusión.....	41
Bibliografía.....	44

I. Introducción.

La Organización Internacional para las Migraciones (OIM) define Migrante a toda persona que se desplaza o se ha desplazado fuera de su lugar de residencia habitual a través de una frontera internacional o dentro de un país con carácter temporal o permanente. Este trabajo se aborda particularmente en la inmigración internacional excluyendo la migración interna y la emigración internacional. Varias son las causales que motivan la inmigración, por ejemplo, buscando una mejor condición económica, escapándose de los desastres naturales o guerras o persecución política. La inmigración, caracterizada por la acción de ingresar o transitar a un país receptor, produce un efecto jurídico del cambio de residencia con finalidad de radicarse en él. Tal como entiende Ley 25.871 en su artículo 2, un "inmigrante" es todo aquel extranjero que desee ingresar, transitar, residir o establecerse definitiva, temporaria o transitoriamente en el país conforme a la legislación vigente.

Este trabajo pretende investigar el régimen jurídico migratorio actual desde la mirada del derecho administrativo, primero expondrá los antecedentes normativos en la historia argentina, luego indagará los derechos de los migrantes estipulados en nuestra constitución, los tratados internacionales de derechos humanos que Argentina ha suscripto y ratificado y los estándares internacionales administrativos surgidos desde las doctrinas y jurisprudencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos(en Adelante CIDH). En cuanto a nuestra regulación interna, se analizará la ley 25.871 y sus decretos reglamentarios, entre ellos, siendo esenciales las facultades que tienen la autoridad de aplicación de la política migratoria- la DNM y la autoridad judicial revisora, así como sus actuaciones en los últimos años. De esta manera, como un régimen que naturalmente reviste carácter administrativo, se trata de incluir la Ley de Procedimiento Administrativo 19.549 y examinar sus diferencias con los procedimientos migratorios.

En la coyuntura contemporánea mundial sobre la desprotección de los derechos de los inmigrantes, Argentina temporariamente siendo inevitablemente influida por ella, se promulgó el Decreto de Necesidad y Urgencia 70/2017, que incorporaba nuevos procedimientos administrativos, vale la pena cuestionar su respectiva constitucionalidad. La monopolización del derecho de la administración pública y las limitaciones que presenta nuestro sistema judicial en materia migratoria, en cierto grado impide el control judicial efectivo sobre los actos administrativos arbitrarios que se relacionan

estrechamente con los derechos fundamentales de los extranjeros, que consecuentemente puede ocasionar la inadecuación a los estándares internacionales.

II. Objetivos.

II.1. Objetivo Generales.

- Exponer la importancia de la regulación judicial en materia migratoria e identificar la problemática.
- Analizar fuentes constitucionales e internacionales.
- Analizar fuentes de la legislación interna y la exteriorización del derecho administrativo.
- Explicar las limitaciones que presenta nuestro sistema judicial y concluir con la posible inadecuación a los estándares internacionales.

II.2. Objetivos Específicos.

- Relatar los antecedentes en materia migratoria en las distintas épocas de la historia argentina.
- Abordar el reconocimiento de los derechos humanos de los extranjeros en el marco constitucional y en los tratados internacionales.
- Abordar el derecho migratorio internacional, las doctrinas y jurisprudencias de la CIDH, especialmente en los aspectos administrativos.
- Relacionar el derecho de los migrantes con el derecho administrativo interno.
- Explorar las leyes 19.549 y 25.871 y sus decretos reglamentarios.
- Investigar la función administrativa del poder ejecutivo y las actuaciones de la autoridad de aplicación de la política migratoria, exteriorizándose en los actos y procedimientos administrativos.
- Ejemplificar expedientes administrativos.
- Investigar las cuestiones surgidas sobre el control judicial en nuestro sistema judicial.
- Comparar el régimen administrativo migratorio con el chileno.

III. Marco Teórico.

En los albores del siglo XXI se produce en Argentina en el ámbito jurídico un avance paradigmático de los derechos humanos de los migrantes como consecuencia de la influencia del clima político y la aceptación de las doctrinas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El estado argentino después de la reforma constitucional en 1994, entró en una nueva era de “la tercera generación de la constitución” y en la región sudamericana enarboló la bandera del reconocimiento de los derechos fundamentales de las personas extranjeras con el hito de la sanción de la Ley 25.871 en 2004. Tanto la Constitución Nacional como la ley Migratoria prevén una responsabilidad estatal de regular la situación migratoria respetando los derechos humanos de los migrantes.

La obligación estatal también fue expuesta por la Dra. Carolina Loayza Tamayo en una conferencia organizada por la Universidad Abierta Interamericana en 2014, en la cual ella señaló un principio fundamental del derecho internacional consagrado en el art.26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados: *pacta sunt servanda*. Eso quiere decir, que el estado asume la obligación positiva de adoptar las medidas en su legislación nacional para cumplir la meta de respetar los derechos humanos y la obligación negativa de no violarlos invocando su derecho interno.

La característica administrativa del régimen jurídico migratorio nos ve la obligación de investigar los componentes integrantes del derecho administrativo según la teoría de Gordillo: el ejercicio de la administración pública y el control judicial hacia los actos administrativos. Independientemente de las estipulaciones positivas en la Ley 25.871, se puede observar la monopolización del derecho por la administración pública y la escasa participación del control judicial, todo ello provoca la posibilidad de impedir el derecho del acceso a la justicia y la garantía del debido proceso para las personas migrantes. Por lo expuesto, existe una problemática general del desequilibrio del poder entre la administración pública y el control judicial, lo cual puede dificultar la adecuación de la regulación migratoria a los estándares internacionales administrativos donde requieren una administración responsable e imparcial basando en los principios de legalidad y razonabilidad y un control judicial suficiente.

IV. Metodología.

En primer lugar, la metodología aplicada en este trabajo es principalmente la deductiva, el cual comienza con una observación del fenómeno jurídico social donde los derechos de las personas migrantes se vinculan estrechamente con el régimen administrativo: el ejercicio de la función administrativa del poder ejecutivo y el control judicial a sus actos administrativos; entre estos dos se identifica la existencia de un desequilibrio del poder como eje problemático.

En segundo lugar, para poder comprender cómo el carácter administrativo se refleja en el régimen migratorio, en este trabajo se utilizan fuentes bibliográficas ya sean, la constitución, las leyes, los reglamentos, los decretos, las disposiciones, se consultan las doctrinas y se citan fallos judiciales, tanto en el ámbito internacional como en el ámbito nacional, con el objetivo de tener un panorama del derecho migratorio en su aspecto administrativo.

En tercer término, este trabajo analiza y cita las estadísticas provenientes de los organismos estatales, de las organizaciones no gubernamentales, y procedentes de las fuentes periodísticas más prestigiosas del país, se indaga también los informes elaborados por reconocidos académicos.

Caber destacar que en este trabajo se realizó un estudio de campo, en el cual cita los expedientes de migrantes, con la finalidad de demostrar cómo se tramita un expediente migratorio y sus distintos procedimientos administrativos.

Al final, a través de la comparación con el caso chileno, este trabajo encuentra algunas similitudes en el reconocimiento del derecho migratorio en su Constitución, pero también descubre algunas diferencias en los aspectos administrativos migratorios. Todo ello confluye a la conclusión final, nuestro régimen jurídico migratorio en los aspectos administrativos, enfrenta un desafío hacia la adecuación a los estándares internacionales.

V. La importancia de los migrantes tanto en la conformación nacional como en la regulación judicial.

V.1. Breve historia de la inmigración argentina: la primera ola y sus respectivas evoluciones normativas.

Como un estado nuevo con gran extensión territorial sito en el nuevo continente, Argentina se veía la necesidad de poblar la tierra e instaurar el desarrollo en su economía después de su independencia. Mientras el continente viejo estaba sufriendo la masacre de las guerras y la deficiencia de recursos, empezó la inmigración masiva en la historia argentina a partir de finales del siglo XIX, la estadística demuestra que hasta 1914, un tercio de la población argentina eran inmigrantes, entre ellos, 2 millones de italianos, 1 millón 440 mil españoles, 170 mil franceses, 160 mil rusos etc.(Noticias ONU, 2013) El aumento de los inmigrantes esta atribuido a la política migratoria promovida en esa época por la frase de Alberdi “Gobernar es poblar”. Como una de las banderas en su obra “Bases y puntos de partida para la organización política de la república argentina”, la constitución 1853 en su artículo 25 reafirmó la propuesta de Alberdi de fomentar la inmigración europea y *“no podrá restringir, limitar ni gravar con impuesto alguno la entrada en territorio argentino de los extranjeros que traigan por objeto labrar la tierra, mejorar la industrias, e introducir y enseñar las ciencias y las artes.”*

En el presente, es generalmente reconocido que el derecho a la migración es un derecho esencial e inalienable. Dicha tutela no sólo está garantizada por nuestra ley migratoria 25.871 en base de principio de igualdad y universalidad, sino es respetada en artículo 13 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos adaptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas: *Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado*. Sin embargo, el reconocimiento del derecho migratorio llevó un camino bastante largo y errante en cuanto a las evoluciones normativas.

Inspirada por la Constitución de 1853, la primera ley migratoria N°817 conocida como la Ley Avellaneda fue sancionada en el año 1876, otorgaba a los inmigrantes ciertos beneficios como el alojamiento de unos días en el hotel de inmigrantes, accesos de oportunidad de trabajo y un boleto gratis de tren para llevarle al lugar donde les ofrecerían el trabajo, todo ello bajo condición de ser acreditado suficientemente su buena conducta y aptitud laboral. Cabe destacar que el organismo encargado de la materia migratoria es el Departamento General de Inmigración bajo la dependencia del Ministro de Interior, un ministerio que lidera la política migratoria permanentemente. La Ley Avellaneda con finalidad de atraer los migrantes europeos, nutrida profundamente por la constitución 1853, regulaba principalmente en como proveía la labor a los extranjeros sin entrar en mayores detalles en otros derechos.

No obstante, impactado por los tempestuosos movimientos obreros surgidos en el principio del siglo XX, la postura política favorable a los inmigrantes cesó, en cambio, por la fuerza de ley, le otorgó al poder ejecutivo la potestad de no sólo ordenar la salida/expulsión de los extranjeros que hayan sido condenados penalmente o cuyas conductas generan peligro a la seguridad nacional y orden público, sino también de impedir la entrada de los extranjeros con antecedentes vinculantes con sus deportaciones. “La amenaza” provocada por los extranjeros con antecedentes penales, o sin indecentes penales, pero con peligro potencial, por ejemplo, anarquistas, ascendió al nivel de seguridad nacional. Finalmente, la Ley N°7029 de la Defensa Social sancionada en 1910 descartó la intervención judicial frente a los órdenes de la deportación. Eso quiere decir que los derechos de ingresos junto con el derecho de permanencia fueron vulnerados bajo la decisión del poder ejecutivo con fin de lograr su objetivo político sin importar la tutela migratoria ni permitir la revisión por la vía judicial.

V.2. Breve historia de la inmigración argentina: la segunda ola y sus respectivas evoluciones normativas.

A diferencia de la inmigración masiva mencionada anteriormente donde Argentina recibió un gran número de europeos, a partir de 1960 la segunda ola de la inmigración mayormente proviene de los países limítrofes, porque con el desarrollo social de casi mitad del siglo, Argentina ya se convirtió a un país próspero con mejores condiciones de vida comparado con la de sus países vecinos. No obstante, con el correr del tiempo se destaca un marcado descenso de inmigrantes. Según el último censo llevado en 2010, solo 4,5% de la población son extranjeros, 3,5% son inmigrantes de países limítrofes como Paraguay y Bolivia. Transcurriendo 9 años, el porcentaje de inmigrantes solo aumentó 0,47% de la población según la cifra en 2019. (Datosmacro)

La cifra de inmigrantes se redujo, de igual manera se redujo su protección judicial. La Ley N° 22.439 conocida como la Ley Videla de 1981 que tuvo una vigencia por más que dos décadas, estableció por la primera vez un panorama completo desde la admisión hasta el egreso de los extranjeros otorgando el poder ejecutivo especialmente su órgano descentralizado-la DNM una plena potestad en materia migratoria. Primero impuso requisitos estrictos para el ingreso y la permanencia, a falta de ellos se constituye una situación migratoria irregular. La ilegalidad de ingreso es declarada por el hecho de que, por ejemplo, entrar al territorio argentino *por lugar no habilitado al efecto, o eludiendo de cualquier forma el contralor migratorio*, se acude a la expulsión inmediata por la

autoridad de migración. La ilegalidad de permanencia puede ser declarada bajo dos circunstancias, una es cuando un extranjero permanece en argentina sin el ingreso legal, la otra es cuando un extranjero permanece en argentina excediendo el plazo de autorización, aunque cuente con el ingreso legal. Ambas pueden ser las causales de expulsión con detención provisional dispuesta por el Ministerio de Interior o la DNM mediante resolución fundada. Dichas resoluciones solo podrían ser revisadas por esos dos órganos mismos omitiendo la intervención judicial nuevamente.

Puede notarse que la ley creó distintas categorías de residentes como “residente permanente”, “residente temporario”, “residente transitorio”, entre ellos, solo los residentes permanentes podrían gozar los derechos civiles como los nacionales excluyendo numerosos residentes temporarios con tramites en curso. Los derechos sociales tampoco fueron reconocidos legalmente no solo para los inmigrantes, sino para todos los residentes argentinos ya que en los años 80 Argentina todavía no se conformó como un estado de derecho social.

VI. Derecho constitucional en materia migratoria.

VI.1. El preámbulo y los artículos 14, 20 y 25 de la Constitución Nacional.

La reforma constitucional de 1994 marcó un nuevo avance en la historia argentina no solo porque es una constitución de “la tercera generación” donde los derechos del medio ambiente sano, consumidores y usuarios fueron plasmados en su art.41-43, sino reafirmó los derechos fundamentales de la primera (derechos individuales) y la segunda generación (derechos sociales). En materia migratoria sobresale especialmente su art.20 el cual contempla los derechos de migrantes: *“Los extranjeros gozan en el territorio de la Nación de todos los derechos civiles del ciudadano. pueden ejercer su industria, comercio y profesión...”* lo cual es un progreso comparado con la Ley Videla porque como ya mencionamos anteriormente la última solo otorgó derechos civiles a los residentes permanentes. Nuestra constitución actual admite que el sujeto de derecho no solo abarca a “los extranjeros”, sino extiende a todas las personas aún con distintas nacionalidades que están en el territorio argentino coincidiendo con el espíritu del Preámbulo: *“promover el bienestar general.... para todos los hombres del mundo que quieran habitar en el suelo argentino...”*.

El principio igualitario consagrado en el art 20 de la CN nos lleva a su Artículo 14.- *Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos.....entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino.....*, lo cual nos permite interpretar que la regulación en la jerarquía inferior (leyes, decretos, etc.) en materia migratoria debe ajustarse al espíritu de la Constitución- la libertad del movimiento.

Paralelamente, el artículo 25 de la constitución vigente reaseguró el derecho de los trabajadores migrantes, erigiéndose al espíritu de la primera constitución de 1853 donde se establece que “*El Gobierno federal no podrá restringir, limitar ni gravar con impuesto alguno la entrada en el territorio argentino de los extranjeros que traigan por objeto labrar la tierra, mejorar las industrias, e introducir y enseñar las ciencias y las artes.*”

VI.2. El rango constitucional de los tratados internacionales de derechos humanos sobre los inmigrantes.

Aparte de los artículos 14, 20 y 25, nuestra carta magna confiere a distintas convenciones internacionales de derechos humanos con una jerarquía constitucional en su artículo 75, inciso 22. Dichos tratados internacionales son instrumentos públicos que un estado soberano los ratifica y se compromete a cumplir las obligaciones suscriptas y adecuar los principios de derechos humanos en sus leyes nacionales. Eso quiere decir que una ley nacional por su jerarquía inferior, no podrá contradecir a lo que establece un trato internacional de derechos humanos. Partiendo de los tratados internacionales enumerados, podemos encontrar algunos principios integrantes en materia migratoria. Por ejemplo:

- La libertad de movimiento que es respectado en Declaración Universal sobre Derechos Humanos ⁱy la Convención Internacional sobre Derechos civiles y Políticosⁱⁱ;
- El principio de no discriminación: el estado debe garantizar los derechos humanos a todas las personas sin distinciones de los criterios de raza, color, religión, género, etc.ⁱⁱⁱ;
- La unidad familiar y el interés superior de niños: esos dos principios generalmente son vinculados por la protección de familia. Eso quiere decir que un estado debe garantizar la reunificación familiar y no puede expulsar cualquier miembro de una familia frente al hecho de matrimonio o la existencia del hijo/a,

los cuales se encuentran en La Declaración Universal de los Derechos y Deberes del Hombre ^{iv}y la Convención sobre los Derechos del niño^v;

- El debido proceso/derecho de defensa en cuanto al detener o expulsar a los extranjeros. Los extranjeros tienen derecho de vías adecuadas especialmente la vía judicial para solicitar la revisión de una expulsión arbitraria o discriminatoria.^{vi}

VI.3. El compromiso internacional de Argentina a los derechos humanos de los inmigrantes.

La sanción de la Ley 25.871 inició un nuevo paradigma para la legislación interna en materia migratoria donde Argentina se compromete a asumir la responsabilidad de respetar los derechos humanos de extranjeros garantizándoles la igualdad y la universalidad, todo ello bajo la suscripción y la ratificación de 18 tratados internacionales de derechos humanos, algunos ellos ya obtienen la jerarquía constitucional (Ministerio del Interior).

La participación Argentina en las instituciones regionales e internacionales también demuestra su voluntad como un estado de derecho. Por ejemplo, el Foro Especializado Migratorio (FEM) del MERCOSUR y Estados Asociados es una institución regional que tiene potestad de emitir disposiciones vinculantes. La investigadora Julieta Nicolao (2015) señala que Argentina ha desempeñado un rol conductor en la participación de los diálogos migratorios regionales por su capacidad estatal y la voluntad política mientras dio un ejemplo que durante el periodo 2004-2012, el nivel de asistencia en el Foro entre las delegaciones de Argentina y Brasil era bastante alto comparando con los demás países. En el periodo de 2009-2012, Argentina no recibió ningún atacamiento de compromiso y/o requerimiento de información solicitado. Además, Argentina también integra en las instituciones internacionales, por ejemplo, el Consejo de la Organización Internacional para las Migraciones de la ONU (OIM), la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, etc.

VII. Derecho sobre los migrantes y su relación con el derecho administrativo.

VII.1. Derecho internacional migratorio, principios administrativos destacados en los tratados internacionales de derechos humanos: los estándares internacionales.

El derecho internacional migratorio es una rama de derecho internacional público que estudia principalmente los derechos humanos de los migrantes y la responsabilidad que tiene un estado para cumplir el compromiso de respetar dichos derechos humanos de acuerdo con los tratados internacionales. El derecho internacional migratorio demarca un límite lo cual la legislación interna de un país no puede sobrepasar. En nuestro caso, la legislación interna tiene que respetar los principios consagrados en los tratados internacionales que Argentina ha suscripto y ratificado, algunos de ellos obtienen una jerarquía constitucional.

Considerando los instrumentos internacionales que contienen los principios de la protección administrativa para un migrante, nadie discute la trascendencia del pronunciamiento en la Convención Americana de Derechos Humanos, siendo el más importante, la garantía judicial en su artículo 8.1.

“Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”

Dicha garantía reconocida como el debido proceso legal, según la opinión consultiva de CIDH (2003), obviamente es aplicable para los migrantes (independientemente de sus situaciones migratorias) cuando ejercen su derecho de defensa en las sedes administrativas y judiciales, siendo una garantía mínima en el procedimiento administrativo y en cualquier otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas.

En cuanto a las diversas jurisprudencias de la corte, se destaca el caso *Vélez Loor Vs. Panamá*^{vii}, donde el extranjero ecuatoriano Jesús Tranquilino Vélez Loor fue retenido por la falta de documentaciones necesarias al ingresar a Panamá y luego le detuvieron e impusieron la pena de dos años por la infracción administrativa establecida en las disposiciones del Decreto Ley No. 16 sobre Migración de Panamá. Sin la debida notificación de la resolución mencionada al señor Vélez Loor, lo trasladaron al centro penitenciario. Aunque después de 9 meses, la Dirección Nacional de Migración resolvió a favor del señor Vélez Loor anulando la pena impuesta, la persona extranjera alegó ser

víctima de tortura y tratos inhumanos mientras se encontraba detenido en los centros penitenciarios panameños.

La CIDH hizo un hincapié en la vulnerabilidad del migrante en el que sus derechos humanos fundamentales fueron violados particularmente por el Estado Panameño cuando ejerció su control migratorio.

En primer lugar, la orden de detención 1430 fue considerada arbitraria porque no existe fundamento jurídico razonado y objetivo sobre la procedencia y la necesidad de dicha medida, más aún, por la carencia de normas invocadas y la resolución adoptada que se estableciera un plazo de duración de dicha medida, provocó la prolongación indebida de la detención de personas migrantes convirtiéndola en una medida punitiva. Eso quiere decir, que el acto administrativo referido carece de legalidad y proporcionalidad.

En segundo lugar, cuando se trata de un procedimiento administrativo particular donde se involucra una medida de deportación, expulsión o privación de la libertad de una persona migrante, el estado siempre tiene que tomar medidas adecuadas para evitar la vulneración de la garantía de debido proceso. No obstante, el estado panameño no le notificó la resolución de la detención, no le suministró la asistencia legal y tampoco le puso en conocimiento de posibles recursos administrativos o judiciales disponibles. En síntesis, le privaron el derecho de ejercer su defensa como ser oído y ser asistido judicialmente, acceder a la información, a la autoridad consular y a una revisión judicial. Cuando la garantía del debido proceso fuera menoscabada, el derecho de un adjudicador responsable e imparcial tampoco existiría.

En tercer lugar, la CIDH, aunque reconociendo que el estado tiene la facultad soberana de fijar las políticas migratorias, ha establecido las obligaciones generales para garantizar los derechos humanos, marcando la limitación de los actos administrativos y subrayando la necesidad de regular y restringir la discrecionalidad estatal, o sea siempre colocando el respeto de los derechos humanos de las personas migrantes como la base en el ejercicio de su función administrativa. En ese caso, el estado panameño debería adaptar el límite de su poder sancionatorio a la adecuación del régimen migratorio en la Convención Americana de Derechos Humanos, y lo más importante de todo, es revisar si el estado ha garantizado el debido proceso legal administrativo para las personas migrantes.

Aparte de las pautas establecidas en el fallo anterior, la CIDH tuvo la segunda oportunidad de criticar la arbitrariedad de un estado cuando detiene/expulsa las personas

extranjeras en materia migratoria en el caso “*Nadege Dorzema y Otros vs. República Dominicana*”^{viii}, a diferencia del fallo anterior donde la detención fue realizada en la frontera, en este caso, la detención de alrededor de 30 haitianos en un camión ocurrió en la órbita del territorio dominicano después de que los haitianos cruzaron la frontera en manera irregular. Los soldados dominicanos dispararon contra el camión causando algunos muertos y heridos. Posteriormente los sobrevivientes fueron detenidos y extorsionados, al final fueron expulsados a Haití.

La CIDH ha concluido que la República Dominicana violó el derecho del debido proceso y las garantías judiciales en el artículo 8.1 de la Convención Americana porque la garantía mínima de los migrantes haitianos no fue respetada en el procedimiento de la expulsión por lo que no se adecuó a los estándares internacionales en materia migratoria.

A su vez, la CIDH (2007) en su resumen ejecutivo, ha propuesto los principales elementos componentes del debido proceso legal administrativo para los migrantes:

El derecho de un adjudicador responsable e imparcial donde el funcionario especializado para tomar la decisión no se limita solamente al juez, sino la responsabilidad e imparcialidad se extienden a la autoridad administrativa también;

El derecho a ser asistido jurídicamente y el derecho de recibir el servicio jurídico gratuito para los migrantes indocumentados que carecen de recursos;

El derecho de ser oído para ejercer su defensa, preparar los alegatos y formalizarlos dentro de un plazo razonable, así como para promover y evacuar las correspondientes pruebas, la notificación previa sobre la existencia misma del proceso;

El derecho de la información, traducción e interpretación para el migrante que tenga dificultades de ejercer su defensa por cuestiones idiomáticas;

El derecho del acceso a las autoridades consulares cuando a los migrantes se les privan la libertad.

El derecho a la revisión judicial de decisiones administrativas, y todas las normas que obstaculicen el acceso a los tribunales, que no estén debidamente justificadas por las razonables necesidades de la propia administración de justicia, debe entenderse contraria al artículo 8.1 de la Convención.

En síntesis, es primordial que tengan una administración pública responsable e imparcial basando en los principios de legalidad y razonabilidad y un control judicial suficiente para proteger los derechos mencionados.

VII.2. El derecho migratorio nacional argentino y el derecho administrativo.

Pues bien, el derecho migratorio argentino, aunque no está codificado, se presenta como un conjunto de normas jurídicas que tutelan los derechos fundamentales de migrantes concordando con los principios de derechos humanos consagrados en nuestra constitución y los tratados internacionales con similar jerarquía. Este trabajo propone que el derecho migratorio argentino principalmente es un derecho público, donde el estado externamente se compromete a cumplir los compromisos internacionales de los derechos humanos, internamente el estado se obliga a facilitar la regulación migratoria mediante su función administrativa. En ambos sentidos se interviene un poder que representa el estado -el poder ejecutivo. Por lo expuesto, es esencial investigar en forma integral desde la mirada de derecho administrativo para comprender el régimen jurídico migratorio en la actualidad.

Según Gordillo (2012), el derecho administrativo es:

“la rama de la ciencia del derecho público que estudia el ejercicio de la función administrativa y la protección judicial existente contra ésta.”

Sobre la materia migratoria, se analizará, por una parte, las bases legales (leyes y decretos reglamentarios), dentro las cuales se detallan los procedimientos administrativos recursivos que prevén para los extranjeros cuando impugnan los actos administrativos como la cancelación de residencia, la retención preventiva o la expulsión y, por otra parte, el sujeto que ejerce la función administrativa y su potestad. No se debe olvidar que “la protección judicial” también constituye una garantía imprescindible para los migrantes ante la negación de su derecho fundamental después del agotamiento de la vía administrativa. Por eso, la investigación del sistema del control judicial a los actos administrativos resulta necesario.

VIII. La ley y el reglamento.

La base de nuestro régimen jurídico migratorio está construida principalmente por la ley vigente 25.871, para luego ser enriquecida por los reglamentos como decretos

reglamentarios, resoluciones y disposiciones. Es necesario distinguir la diferencia entre la ley y el reglamento para comprender la superioridad y el alcance de cada fuente de derecho. La ley es toda norma obligatoria dictada por el Congreso sobre el núcleo de las materias, y eventualmente sus detalles, a través del procedimiento específico que prevé la Constitución, en cambio, los reglamentos son actos de alcance general, abstracto y obligatorio que dicta el poder ejecutivo con efectos jurídicos directos sobre situaciones jurídicas, en virtud de una atribución del poder constitucional. Nadie puede negar que la ley es superior que el reglamento en cuanto a su carácter exclusivo primario de una materia reservada, el reglamento, al contrario, es dictado para complementar la regulación legal por órganos competentes y tienen su límite primordial: no pueden contradecir a la ley. Una forma de los reglamentos que desempeña un papel significativo en nuestro régimen jurídico migratorio es el decreto presidencial, lo cual se complementa la ley en razón del objeto de materia, los detalles y más importante: los procedimientos administrativos. Los decretos presidenciales más relevantes son los 616/2010 , 70/2017 (derogado en marzo de 2021) y 138/2021, los dos últimos son decretos de necesidad y urgencia. Se dicta el DNU con fuerza de ley siempre y cuando el estado se encuentra en un contexto de crisis y la omisión de las medidas urgentes estatales causaría un daño sumamente grave, no obstante, esta potestad legislativa del presidente con carácter extraordinario está restringida en razón de materia: no puede dictar sobre materias penales, tributarias, electorales y de partidos políticos.

IX. La ley de procedimiento administrativo 19.549 (1972): la validez de un acto administrativo y la regulación en aspectos administrativos generales.

El procedimiento administrativo consiste en una serie de actos administrativos formales que se desenvuelven progresivamente con la finalidad de llegar a un acto determinado que refleja la voluntad de la administración pública. Dicho acto determinado puede ser impugnado mediante el mecanismo de control-los recursos administrativos. (Gordillo). Los actos administrativos son declaraciones unilaterales de la administración pública con presunción de legitimidad y fuerza ejecutoria. Teóricamente la emisión de un acto administrativo implica la ejecución inmediata, sin embargo, no se debe olvidar los elementos que impactan la validez de un acto administrativo, los cuales fueron aclarado en los artículos 7 y 8 de la propia ley, o sea la competencia, la causa y el objeto. A su vez, los actos administrativos también tienen que ser motivados y cumplirse con la

finalidad que persigue. La arbitrariedad se manifiesta por los actos administrativos que no reúnen los requisitos esenciales, o sea aquellos actos injustos, irrazonables e ilegales, fundado en la sola voluntad del funcionario, siendo uno de los límites sustantivos de la discrecionalidad. (Cassagne,2008)

En el campo de derecho administrativo, la Ley 19.549 aplica a todos los procedimientos administrativos en el ámbito general, inclusive los procedimientos migratorios. Por ejemplo, los requisitos esenciales que tienen una notificación con la eficacia; la solicitud de pronto despacho ante el silencio o la ambigüedad de la administración (artículo 10); el amparo de la mora administrativa (artículo 28), lo cual es práctico para un extranjero que entable la acción judicial por la morosidad inaceptable del trámite administrativo y las dos vías de recursos administrativos: el recurso de reconsideración y el recurso jerárquico. La única diferencia que existe entre la Ley 19.549 y la Ley 25.871 es el plazo para deducir la impugnación judicial contra el estado y sus entes autárquicos. La ley de procedimiento administrativo prevé el plazo de 90 días hábiles judiciales, pero la ley 25.871 reduce el plazo a 10 días si el extranjero presenta un recurso de reconsideración ante el mismo ente y a 15 días si el recurso fue jerárquico frente a su órgano superior- Ministerio del Interior.

Es importante aclarar que la Ley 19.549 prevé una garantía fundamental en todos los procedimientos administrativos: el debido proceso adjetivo, dicha garantía cuenta con el derechos de ser oído, eso quiero decir que el administrado puede exponer las razones de sus pretensiones y defensas antes de la emisión de actos que se refieren a sus derechos subjetivos o intereses legítimos, a través de los recursos previstos en las sedes administrativas; luego por el derecho de ofrecer y producir pruebas, podrá presentar alegatos y descargos una vez concluido el período probatorio, y últimamente tener una decisión fundada en los principios argumentados y las cuestiones propuestas. (Artículo 1.f)

X. Los procedimientos administrativos particulares.

X.1. La Ley 25.871: los procedimientos recursivos.

En la época donde la Ley Videla era vigente, los gobiernos argentinos sostuvieron una postura de restringir la admisión de los extranjeros, endurecer los criterios de la permanencia de los migrantes y aplicar altas tasas migratorias mediante el decreto

874/1982 y la Ley 24.393. Posiblemente bajo el nuevo contexto político: la asunción de la presidencia de Néstor Kirchner del Partido Justicialista en 2003, la nueva ley migratorio N°25.871 basando en principios de igualdad y universidad, reconoció en forma amplia los derechos humanos de los migrantes. Por ejemplo, el derecho a la reunificación familiar sin restricción de la situación migratoria, el derecho a la salud y a la educación, el derecho de defensa y el debido proceso garantizado frente a una detención o una expulsión, etc.

Pese que cuente con algunas imperfecciones leves, por ejemplo, se garantiza el derecho a trabajar sin restricción para los residentes permanentes, pero dispone un límite a los residentes temporarios que ellos solo pueden trabajar en los plazos autorizados. La Ley 25.871 abrió una nueva era de “pro-migrante” con finalidad de cumplir el compromiso internacional y promover de los derechos humanos como un estado democrático de derecho, tal como se detalla en su artículo 3 inciso a)

“...dar cumplimiento a los compromisos internacionales de la República en materia de derechos humanos, integración y movilidad de los migrantes”

No obstante, no podemos descartar que en vez de ser una ley que contiene elementos de derechos humanos subjetivos, es un cuerpo normativo que incluye numerosos aspectos del derecho administrativo. En nuestro caso, la Ley 25.871 puede ser clasificada como una ley donde regula especialmente el ejercicio del órgano administrativo encargado-DNM hacia los migrantes y las tutelas judiciales que otorgan a los administrados ante los actos administrativos arbitrarios.

Según Carrillo (2007), a diferencia de un acto administrativo general que requiere una ejecución inmediata, para el régimen de recurso que presenta un migrante, la Ley 25,871 prevé tres fundamentos particulares, previamente con el orden inalterable de agotar la vía administrativa para poder deducir el recurso judicial.

i) los recursos administrativos y la demanda de impugnación tienen efecto suspensivo de los actos dictados por la DNM; ii) la ley establece en esta materia la posibilidad de revisión de los actos administrativos aun en supuestos en que se haya vencido el plazo de caducidad para deducir su impugnación judicial y iii) la ejecución de los actos administrativos requiere siempre la intervención del órgano judicial, siempre y cuando el migrante se encuentra en situaciones descriptas en art 74.

- a) cuando se le niega a un extranjero su admisión o el mantenimiento de su permanencia en el país;*
- b) cuando se cancela la autorización para residir de un extranjero, sea esta permanente, temporaria o transitoria, todas categorías que están explicitadas en la ley;*
- c) cuando a un extranjero se lo conmine a hacer abandono del país o se disponga su expulsión del país;*
- d) cuando se trate de las multas que puede aplicar la DNM o cauciones que en determinado momento exige para otorgar derechos a particulares extranjeros.*

Es de destacar que los tres fundamentos constituyen un cambio paradigmático en los procedimientos recursivos en materia migratoria comparando con el régimen anterior (la Ley Videla), el ultimo eliminó la garantía fundamental de un extranjero que es la intervención judicial.

En el primer lugar, la suspensión de efecto del acto de la DNM puede implicar una paralización de un daño más perjudicial para los extranjeros, dando tiempo y espacio para que ellos puedan ejercer sus derechos de defensa correspondientes.

Segundo, la ley en su art 90 permite que la autoridad judicial revise los actos administrativos firmes cuando se comprueben casos de error, omisión, arbitrariedad manifiesta, violación al debido proceso, o cuando hechos nuevos de suficiente entidad justifiquen dicha medida, aun los plazos perentorios que le otorga al administrado migrante se hayan vencidos. Este artículo principalmente ataca la fuerza ejecutoria de los actos administrativos firmes, porque evidentemente para la materia migratoria, la ley le amplía la posibilidad de salvaguardar los derechos fundamentales de los extranjeros.

En el tercer lugar, los supuestos que motivan la revisión judicial que están estipulados en el art 90 implica la intervención judicial obligatoria en cuanto a su ejecución de los actos administrativos firmes, a su vez, es necesario que la autoridad juncial revise cada supuesto antes de ordenar la ejecución ya sea por la detención o la expulsión. Siendo más importante el carácter obligatorio de la intervención judicial es demostrado con la pronunciación de la última palabra, aunque la retención ya fue producida con resolución previamente fundada, si el migrante alegara y fuera acreditado de ser padre, hijo o cónyuge de argentino nativo, siempre que el matrimonio se hubiese celebrado con anterioridad al hecho que motivara la resolución, la expulsión se suspendería y el migrante recuperaría su libertad inmediatamente. Para no demorar de la tutela de unidad

familiar, se le otorgará un procedimiento sumario de regularización migratoria. Todo ello forma el deber del juez para que los extranjeros tengan una tutela judicial efectiva.

Acompañando con las estipulaciones del acceso a la justicia y la garantía del debido proceso tanto en la Ley 19.549 como en la Ley 25.871, en los procedimientos administrativos particulares, ciertos derechos que se consagran en la CIDH como el derecho a la traducción e interpretación también está plasmado en la Ley 25.871 (artículo 86). Hasta ahora podemos resumir que la característica más significativa que se demuestra en los procedimientos administrativos recursivos y sus posibles resultados negativos, por ejemplo, la expulsión con retención preventiva, es la reiteración del rol imprescindible del juez. Su obligación de intervenir en los procedimientos concreta un acuerdo con el estándar internacional en la sede judicial, aunque con algunas limitaciones que vamos a examinar posteriormente.

X.2 La opinión jurisprudencial sobre un procedimiento particular: la expulsión con retención preventiva: la importancia de la legalidad.

Una cuestión trascendental que siempre causa controversia y motiva la impugnación administrativa y judicial de los migrantes es la orden de expulsión con retención preventiva. Cabe advertir que, como una función sancionatoria imprescindible de la DNM, la expulsión es prevista como una consecuencia negativa del ingreso y la permanencia estipulada en el art 29. Dicha consecuencia generalmente es acompañada previamente con una retención preventiva. Por la complicitad jurídica en el régimen migratorio y la amplia facultad, por ejemplo, la discrecionalidad que tiene la autoridad de aplicación: la DNM, es inevitable que se produzca confusiones sobre si un orden de expulsión dictado por las infracciones administrativas reúne los principios de la legalidad, el debido proceso y la razonabilidad, estos principios son deberes que tienen los magistrados en cuanto a la revisión judicial obligatoria. En este punto, corresponde citar la opinión destacada del Fiscal General de Cámara, Dr. Álvarez en la sentencia “Ali Yun, Lingyan Zheng y otra”^{ix}

la decisión de retener a un ciudadano extranjero reconoce ciertos pasos de acción; esto es, afirma, en primer lugar, debe comprobarse la permanencia irregular del extranjero en el territorio nacional, Luego, continúa, corresponde que se efectivice un acto jurídico fundamental del derecho de la extranjería, cual es, la conminación que, ...Puntualiza que el objetivo del apremio o conminación es que el extranjero regularice su situación en el plazo que se le otorga para ello.

Dicho procedimiento fue afirmado por los magistrados intervinientes y continuado por

“cuando el proceso administrativo hubiera sido correcto, está sujeto a recursos, tanto administrativos como judiciales que, en todos los casos tienen efectos suspensivos (ver, art. 82)”.

Eso quiere decir que la expulsión con retención preventiva reviste carácter excepcional y lleva un procedimiento obligatorio: comprobar la situación irregular-conminar a regularse-vencido el plazo sin regularse-dictar la expulsión con efectivo suspensivo- dar intervención judicial. (artículo 61), cualquiera alteración o la omisión que contienen un acto administrativo carece de legalidad por violar la forma y el contenido, más aún, menoscaba el derecho de defensa de los migrantes vulnerables.

Sin embargo, concordando al régimen de ejecución de la pena privativa de la libertad (Ley 24.660), Los actos administrativos de expulsión firmes y consentidos dictados respecto de extranjeros que se encuentren en situación irregular se ejecutarán en forma inmediata en casos previstos en el artículo 64^x.

XI. La monopolización del derecho en materia migratoria por la administración pública: la raíz del desequilibrio.

El derecho administrativo nace como un conjunto sistemático de potestades y límites estatales apoyándose en el reconocimiento de los derechos individuales. Se incluyen dos postulados al respecto, por un lado, el reconocimiento jurídico del poder estatal y sus facultades; y por el otro, el límite a ese poder. Sobre la cuestión migratoria, el poder ejecutivo tiende a monopolizar el derecho porque su naturaleza es el ejercicio de la función administrativa con fuerza coercitiva, además, su ente autárquico que es la Dirección Nacional de Migraciones acumula varias funciones como la administradora, la inspectora, la sancionadora y la resolutive de conflictos.

XI.1. El rol del poder ejecutivo: la relación con su órgano y su ente autárquico.

En el marco constitucional del derecho administrativo, el Presidente es *“responsable político de la Administración General del País”*, mientras tanto le atribuye el ejercicio de la Administración General del País al Jefe de Gabinete- una figura imitando el sistema parlamentario europeo. Aparte de su propia función administrativa, el poder ejecutivo también ejerce otras competencias materiales estatales con carácter

complementario. Por ejemplo, la potestad legislativa, pero siempre subordinándolo a las leyes como los decretos reglamentarios, también la función judicial pero siempre se encuentra limitada y bajo condición excepcional, cuya actuación pueda ser sometida a la revisión por parte del Poder Judicial.

Es inevitable que el poder ejecutivo en algunas circunstancias sobrepase el límite que demarca la Constitución y vulnere el espíritu de la división de tres poderes. Un ejemplo es el DNU 70/2017 que es criticado por legislar en materias penales, lo cual será expuesto más adelante. La creación de la figura del Jefe de Gabinete era para neutralizar el poder ejecutivo, pero en la práctica se evidencia un resultado contrario, por ejemplo, el súper-presidencialismo. Cuando se trata de la estructura de la organización estatal, el órgano superior esta apoderado de ejercer el control hacia su ente descentralizado conocido como la tutela administrativa, por ejemplo: Designar y remover a los agentes que se encuentran en la conducción del ente; Dar directivas generales; Controlar los actos a instancia de parte (recursos de alzada). En la práctica, la DNM creada en la órbita del Ministerio del Interior, generalmente se obedece a las directivas generales de su órgano superior, en el mismo sentido, los recursos de reconsideración que se interponen frente a la DNM mayormente consiguen el mismo resultado desfavorable como los recursos de alzada frente al Ministerio del Interior. La escasa actuación del Ministerio de Interior ha ocasionado un desequilibrio en el ejercicio de la actividad regulatoria migratoria, entre el propio órgano ministerial central y su ente descentralizado: la DNM. En realidad, se nota una acumulación excesiva de funciones que puede ejercer la DNM según la Ley 25.871 y su decreto reglamentario como la función administradora^{xi} y la función inspectora^{xii}, Además, su función sancionadora no solo incluye a los migrantes que son expulsados acompañando con la prohibición de reingreso, sino la sanción se extiende peculiarmente hacia los dadores de trabajo, alojamiento y otros^{xiii}, al final, la autoridad de aplicación también esta facultada de revolver los recursos administrativos^{xiv}.

Carillo (2007) ha señalado que el gran defecto en materia de procedimiento migratorio se asocia estrechamente con la carencia de independencia de la institución encargada, o sea la independencia del decisor, porque la DNM opera dentro la órbita de Ministerio del Interior y el Ministerio del Interior funciona bajo el orden del presidente. El mismo autor propone que para evitar la injerencia, es necesario la constitución de una burocracia profesional políticamente neutral. La sanción de una ley especial para la

designación y remoción de los funcionarios de esas autoridades independientes es una forma viable.

XI.2. La facultad discrecional de la DNM.

Como un ente actuante con amplias atribuciones por ley, también es menester investigar la facultad discrecional que desempeña un papel importante en su ejercicio administrativo. El tradicional derecho administrativo ha clasificado la actividad administrativa conforme con la facultad reglada y la facultad discrecional. La primera radica en las normas predeterminadas donde la administración debe obedecer y seguir con los procedimientos previstos por la ley, en cambio, la segunda facultad le otorga la administración la potestad de actuar libremente según su conveniencia, ya sea elegir una de un conjunto de circunstancias para dictar un acto o dictar un acto ante una circunstancia concreta, siempre y cuando exista una laguna legal (Gordillo 2014). En realidad, no es posible que un órgano administrativo tenga todas sus atribuciones regladas o discrecionales, por la impracticabilidad de regular hasta el último detalle y la existencia de algún límite para evitar la arbitrariedad de la administración. En materia migratoria, aparte de la Ley 25.871 y sus decretos reglamentarios, es indiscutible que la DNM posea una discrecionalidad importante mediante los instrumentos: las disposiciones internas. Por ejemplo, la determinación de los tramites de radicación según distintos criterios y categorías, toda ella encuadrada en dos grandes campos: tramites Mercosur y no Mercosur. Amparado bajo los convenios suscriptos entre Argentina y los países vecinos y el artículo 23, inciso 1, el tramite de radicación para los nacionales sudamericanos es relativamente sencillo. Según la información publicada en la página web oficial de la DNM, básicamente se requieren los documentos personales como DNI o pasaporte del país original, sello de ingreso, partida de nacimiento, certificado de carencia de antecedente penales en el país original y en argentina y un certificado de domicilio o una factura de algún servicio público a su nombre (ABL, luz, agua o gas), la residencia se otorgará en categoría temporaria por 2 años y el migrante podrá conseguir su permanente en la segunda renovación según su disposición interna(2010). En cambio, los requisitos para un extranjero no Mercosur se endurecen irracionalmente. Por un lado, todos los documentos extranjeros personales deberán ser traducidos en el idioma nacional y legalizados por la embajada argentina en el país original, después los documentos ya legalizados tienen que ser traducidos en argentina y legalizados por el colegio público de traductores, por otro lado, se agregan los documentos adicionales para acreditar su motivo de radicación, por ejemplo, para un

migrante trabajador no Mercosur, según disposición interna (2007), es necesario un pre-contrato laboral con detalles gravosos entre el empleado y el empleador previamente registrado en el Registro Único de Requirentes de la DNM, siendo acreditado la autenticidad por un escribano público o funcionario de la DNM, luego el empleador está obligado de presentar una alta temprana para justificar la situación laboral del trabajador migrante dentro de un mes, cuyo omisión causa la cancelación de la residencia. Es cierto que esos requisitos discrecionales garantizan algún derecho social del trabajador migrante, sin embargo, el trámite burocrático y costoso no termina en los papeles, se extiende a la estructura organizacional burócrata de cada sector para recibir, supervisar, aprobar cada documento que presenta el migrante, un ejemplo típico de aprobar el antecedente penal del país original es enviarlo por el personal de correo a la mesa de entrada del Ministerio de Relaciones Exteriores y Cultos para validar la autenticidad de la firma del cónsul, y la respuesta recién volverá a la mesa de entrada de la DNM para ser ingresada al expediente correspondiente. En realidad, la vigencia de la residencia temporaria que determina la DNM del trabajador migrante y estudiante perteneciente a un país ajeno al Mercosur es anual (la vigencia de la temporaria del trabajador migrante es máximo 3 años y estudiante migrante es 2 años según el art 23, Ley 25.871), eso significa que cada año el migrante tiene que presentar el contrato, constancias fiscales, certificado de domicilio, etc. para repetir el procedimiento burocrático. Una gran proporción de migrantes extra Mercosur radicados por motivo de trabajador, estudiante regular, entre otros, le impiden la tenencia del Documento Nacional de Identidad no solo por la ineficiencia del RENAPER para emitir el DNI, sino el trámite puede durar casi un año entero. La demora provocada por la discrecionalidad en los trámites perjudica severamente el acceso del Documento Nacional de Identidad para varias gestiones en la vida cotidiana. Todo ello contradice a la voluntad de legislador^{xv}.

Una de las facultades discrecionales extraordinarias que posee la DNM es la dispensa, la cual significa que la DNM tiene el atributo de otorgar la residencia, aunque los migrantes se encuentren con algún impedimento migratorio. La dispensa puede ser dispuesta cuando un migrante alega su derecho invocando los criterios como razones humanitarias o reunificación familiar en cuanto a su contenido y su forma de prueba y el resultado está sujeto a la acreditación de la DNM. Hay que advertir que el procedimiento para aprobar el vínculo familiar es inapropiado, porque está sujeto a otros criterios que impone la misma autoridad además de la convivencia familiar. Suelen requerirse varias constancias como el cargo económico de la familia, la prueba de colaborar con el mantenimiento del hogar y/o educación de hijos, etc. Actualmente

los magistrados también están facultados de disponer la dispensa si consideran que es admisible el alegato del migrante.

El Ministerio Público de la Defensa citando el caso “Barrios Rojas”, señala que no debe asimilar la discrecionalidad a la irrazonabilidad, o sea la actividad administrativa debe ser guiada por la razonabilidad. En materia migratoria, acordando con la opinión de la CIDH, la dispensa como una facultad propia y discrecional estatal, debe ser efectuada de conformidad con las leyes reglamentarias de cada estado y debe ser compatible con las normas de protección de los derechos humanos. Sin embargo, en el caso “*Zhang, Peili c/Dirección Nacional de Migraciones s/amparo ley 16.986*”, de fecha 27 de abril de 2016, la DNM dispuso la expulsión en vez de la dispensa aunque la migrante invocó la reunificación familiar. La misma autoridad, de esta manera actuó fuera de la consideración de los derechos humanos sustanciales, afectando el derecho de la vida familiar y el interés superior del niño.

La postura del Ministerio Público de la Defensa también es sostenida por el autor especialista en derecho migratorio europeo Vacas Fernández (2017), quien expresa que el derecho migratorio europeo se tiene que fundar en las bases de los derechos humanos que garantice el derecho de defensa de los migrantes, instalándose, así como un verdadero límite a la discrecionalidad de los Estados en la materia.

En síntesis, la discrecionalidad impropia agrava el poder excesivo de la DNM, desconoce el principio de razonabilidad y condiciona la imparcialidad de la administración pública que propone la CIDH.

XI.3. La ineficiencia en la actividad administrativa de la DNM: perjudica a los extranjeros el acceso de algunos derechos determinados.

Es generalmente reconocido que la eficiencia de la actividad administrativa forma un pilar fundamental de la responsabilidad de un estado. Como una institución descentralizada estatal, pese la carencia de independencia, es necesario también observar la dinámica que existe dentro el propio organismo, o sea los trabajos regulares y las aptitudes de los agentes estatales. Linares (2018) ha realizado una investigación de campo mediante varias entrevistas presenciales de los empleados, ex-empleados, funcionarios y ex-funcionarios de las delegaciones de Sede Central, Rosario y La Pampa, concluyó que hubo un cambio trascendental en la eficiencia y la cultura organizacional dentro la DNM. La investigadora ha observado que antes del 2004, la DNM ejercía excesivamente el poder de policía en vez de funcionar como un organismo

de atención a los migrantes, una de las causales es la gran cantidad de personales militares ocupando los puestos. A partir de 2004 por la sanción de la nueva ley 25.871, por vía de sus disposiciones internas de 2004 a 2015, la DNM ha intentado adoptar un nuevo estilo de gestión más eficiente, por ejemplo, el aumento y la capacitación de sus personales, la cooperación con otros organismos para una mejor integración y el respecto de los derechos humanos. Sin embargo, la resistencia de este cambio institucional dentro del propio organismo aún produce un gran desafío que impedirá su función administrativa y amenazará los derechos humanos de migrantes.

No podemos negar la parte positiva que señala Linares sobre las acciones que ha implementada la DNM a partir de 2004, como tampoco debemos ignorar su advertencia del desafío que se encuentra todavía dentro del propio organismo. Una cifra oficial de la DNM (2010) demuestra que entre 2006-2010 durante la vigencia del programa “Patria Grande”, solo el 23,16% de los extranjeros con criterios de nacionalidad (países sudamericanos) lograron tener la residencia permanente. Para los nacionales de países fuera de la órbita de Mercosur, mediante el decreto 1169/2004, la DNM inició la regulación de los extranjeros que ya residan de hecho en Argentina, dicha regulación terminó el 30 de junio del año corriente. El resultado no fue muy satisfactorio: poca cantidad de extranjeros extra-mercosur fueron regulados. Una causal puede ser que el requisito de las documentaciones era más exigente para los migrantes de No Mercosur, pero la principal causa radicó en la falta de eficiencia del órgano encargado- la DNM y su corto plazo autorizado: 180 días.

La misma autora Linares argumentó que la digitalización de las documentaciones ha facilitado significativamente en los trámites migratorios junto con la implementación masiva del “DNI”. Según un informe elaborado por el observatorio Gabriel Chausovsky (2020), a partir de la sanción de la Ley 25.871, las residencias temporarias y permanentes otorgadas han llegado un auge en los años 2011, 2012, 2013 y 2015, superando los 250 mil trámites anuales. Téngase en cuenta que, por los rigurosos requisitos establecidos en las disposiciones internas de la DNM y la lentitud de la supervisión de las documentaciones, los tramites nunca fueron resueltos en tiempo adecuado. Frente a la crítica, la DNM inauguró el sistema RADEX (módulo de radicación a distancia de extranjeros), lo cual implica un procedimiento semipresencial pero casi obligatorio^{xvi}, iniciándose de manera online para la entrega de las documentaciones, pago de tasas y el control virtual, para luego concurrir personalmente con una cita otorgada a la casa central o la delegación, con el fin de registrar los datos

biométricos. El mismo instituto citado observó que dentro del primer año que se implementó el sistema RADEX, se iniciaron 196.200 tramites, una suma equivalente a los turnos cancelados de 2019 y solamente el 45 % fueron resueltos. Al contrario de su objetivo de simplificar y agilizar los trámites, el sistema RADEX no solo cuenta con menos eficiencia, sino perjudica al grupo de migrantes que no se familiariza con los trámites digitales, tampoco pueden recibir los asesoramientos adecuados. A pesar de la evidente inflación económica que existe en Argentina, el aumento de la tasa para la tramitación de la residencia ya sea la permanente o la temporaria para los extranjeros Mercosur es casi 1000%, y para los extranjeros Extra Mercosur es casi 2000% comparándolo con lo que fijaba el decreto 616/2010. Téngase en cuenta que dicho valor se duplica o cuadriplica según la cantidad de trámites que se necesitaría para quien comienza con la solicitud de la temporaria.^{xvii}

Vale aclarar que la eficiencia de la regulación migratoria es primordial para el acceso de determinados derechos para los extranjeros. Por ejemplo, según la Dirección Nacional Electoral, un extranjero sin la residencia permanente en la jurisdicción CABA no goza el derecho al sufragio. Aunque la Ley 25.871 en su artículo 8 establece que el acceso al derecho a la salud, la asistencia social o atención sanitaria a todos los extranjeros no pueden ser negados ni restringidos, en la práctica todavía se encuentran experiencias negativas. Según el informe anual de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (2011), resultó que algunos extranjeros fueron denegados a la inscripción al programa Cobertura Porteña de Salud (CoPS) y los tratamientos sanitarios por no poseer DNI. El informe también criticó que la demora indebida e injustificada del otorgamiento de turnos y la resolución de trámites han causado un grave impedimento para el disfrute del derecho de los migrantes.

XII. El desarrollo del desequilibrio: de decreto reglamentario 616/2010 a Decreto 70/2017 a decreto 138/2021.

Por el carácter administrativo que reviste nuestro régimen jurídico migratorio, oportunamente los actos administrativos con alcance general son los decretos presidenciales que reglamentan o modifican la ley, agravando el desequilibrio del poder entre la administración pública y su controlador judicial.

XII.1. Decreto 616/2010.

Aparte de la voluntad manifestada en el Programa Nacional de Normalización Documentaria Migratoria por el poder ejecutivo, la DNM también dictó varias disposiciones internas, especificando los requisitos y los procedimientos para los tramites de radicación bajo distintos motivos. Por ejemplo, la disposición interna 40164/2007 instruyó el tramite Extra Mercosur para los trabadores migrantes. No obstante, años de una gestión deficiente acompañando con muchas disposiciones internas produjo una administración confusa y caótica. El decreto 616/10 es un producto indispensable de la reglamentación administrativa en materia migratoria, unificando las disposiciones internas y respondiendo positivamente a las nuevas necesidades que no han sido previstas en la Ley 25.871, por ejemplo, la ampliación de los motivos de radicación como la residencia por “razones humanitarias” y la residencia por tener la nacionalidad de un país sudamericano. (En la disposición del 2079/2004, el criterio de nacionalidad solo alcanzaba a los ciudadanos de los países limítrofes). Cabe tener en cuenta dos aspectos importantes en el campo de derecho administrativo. Primero, el decreto 616/2010 fue dictado en uso de la potestad otorgada por el artículo 99, inciso 2 de la Constitución Nacional con el objetivo de ejecutar la Ley 25.871 mediante la instrucción y la reglamentación administrativa, por eso, el art 17 del decreto reafirmó el rol de la DNM: la autoridad que tiende a regularizar las situaciones migratorias de los extranjeros mediante sus disposiciones, programas, convenios, etc.^{xviii}. Segundo, en cuanto a los impedimentos del ingreso y la permanencia causados por las infracciones penales, el decreto encuadró el concepto de “condenado” y de “antecedente” a la determinación de la ley penal argentina,^{xix} además, agregó una causal de impedimento de permanencia si el migrante no cumple la obligación de preservar las documentaciones de ingreso.

XII.2. DNU 70/2017 y DNU 138/2021.

Considerándolo al decreto 70/2017 irreconciliable con nuestra Carta Magna y el sistema internacional de protección de los derechos humanos, el poder ejecutivo derogó dicho controvertido decreto, constituyendo de este modo el retorno de la Ley 25.871. Cabe mencionar que el DNU 138/2021 fue dictado primero, bajo la presión de organismos internacionales, por ejemplo, la sugerencia de derogar el decreto 70/2017, proveniente del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de Sus Familiares, el Comité de los Derechos del Niño y el Comité contra la Tortura, mediante las observaciones periódicas de los derechos humanos hacia estado argentino. En

segundo lugar, el incremento en la cantidad de litigios judiciales en materia migratoria, la sentencia que declaró la inconstitucionalidad de dicho decreto de la Sala V de la Cámara Contencioso Administrativo Federal y la inadmisibilidad sobre el recurso extraordinario interpuesto por la DNM contra la sentencia mencionada en el dictamen de la procuradora de Ministerio Público Fiscal; todo ello constituye un ámbito interno desfavorable de la vigencia del decreto 70/2017. Según LA NACIÓN (2021), la cantidad de extranjeros expulsados ascendió aproximadamente a tres mil entre 2017 y 2019, duplicando la cifra del gobierno anterior. La consecuencia que trajo este antecedente nos resulta inevitable la breve observación en sus aspectos administrativos.

Según el informe técnico de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (2017), el DNU 70/2017, basándose en los criterios de alta criminalidad de los extranjeros que amenazan la seguridad nacional y la duración excesiva de los procesos administrativos y judiciales que dificulte el estado nacional a ejercer su control migratorio, modificaba significativamente los procedimientos administrativos en cuanto a los plazos, notificaciones, vías recursivas, lo cual infringe severamente los derechos humanos de la población migrante.

a) Reducción en los plazos en los trámites administrativos

El DNU establecía que, si el extranjero no constituía o denunciaba su domicilio, todas las resoluciones se notificarían por mesa de entrada de la DNM por 2 días hábiles (art. 54). El extranjero que se encontraba fuera del país por un plazo mayor a 60 días perdería su derecho de deducir la acción administrativa y judicial sin importar el motivo porque se fue el extranjero ni saber si el extranjero actuaba con el patrocinio.

El extranjero que careciere de medios económicos, la DNM le brindará la asistencia jurídica gratuita en aquellos procedimientos administrativos y judiciales que puedan llevar a la denegación de su residencia legal o a la expulsión del territorio argentino, ya sea un informe social, carta de pobreza o certificado consular dentro del plazo de 3 días para que el Ministerio Público de Defensa tome intervención.

b) Aceleración de los procedimientos migratorios especiales sumarísimos a la expulsión por la eliminación de los recursos de reconsideración y de alzada, y el recorte de los plazos para interponer los recursos administrativos y judiciales

El DNU 70/2017 había incorporado un régimen de procedimiento migratorio especial sumarísimo, lo cual extendía a casi todos los causales de impedimentos de ingreso y

permanencia de índole penal y administrativo. Además, en el régimen especial, se les privaba el derecho de presentar recurso de reconsideración y de alza al migrante, solo les daba una posibilidad de interponer un recurso jerárquico dentro de 3 días de notificación o la cancelación automática de residencia, la cual lo resolvía la mismísima DNM. La herramienta de la acción judicial también fue suprimida en cuanto al plazo de interponer recurso judicial y la facultad que podía tener el magistrado. El DNU recortó el plazo a 3 días improrrogable para la acción judicial y el juez solamente estaba facultado de revisar la expulsión y la procedencia de la retención sin verse otras cuestiones no propuestas.

c) Endurecía la obtención de dispensa por motivo de reunificación familiar.

El DNU establecía que la excepción de la reunificación familiar o razón humanitaria solo era procedente en los casos donde los migrantes contaban con infracciones administrativas o impedimentos comprendido en el inciso c del Art. 62 de la Ley 25.871^{xx}, pero sus causas corresponden a delitos cuya pena privativa de la libertad no excediese de los 3 años de prisión o sean de carácter culposos. Evidentemente el DNU excluía un gran porcentaje de los extranjeros que tienen un interés legítimo familiar pero no entran en la categoría de la excepción prevista. La discrecionalidad inapropiada por este DNU no puede sustanciarse en ningún sentido de la seguridad pública. Un típico ejemplo es la venta ambulante, lo cual puede provocar la infracción de la ley de Marca que tiene una pena mayor de 3 años. En este caso, el DNU no solo lesionaba el derecho de reunificación familiar, sino afectaba directamente a los intereses superiores de la niñez porque le quitaban la dispensa aún reconociendo que el migrante tiene un menor de 18 años, sin considerar la fuente económica que tenía una familiar vulnerable.

En el caso de que el migrante está encuadrado en la categoría de la excepción y lograra presentar el recurso judicial dentro de 3 días después de la notificación o cancelación automática de la residencia, omitiendo el patrocinio o fundamento, el DNU establecía que el juez debía rechazar el recurso IN LIMINE, tampoco podía disponer de oficio, por ejemplo, ordenar la producción de prueba para alegar la reunificación familiar.

La misma Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires ha sostenido que el poder ejecutivo ha legislado en la materia penal por el DNU 70/2017, citando el fallo de CSJN en materia tributaria (fallo 326:417) para indicar que la interpretación del término “material penal” no tiene que ser restringida y susceptible de una definición meramente formal, todas las regulaciones que provocan a un orden de expulsión con la producción

de un efecto jurídico análogo como la retención preventiva y su ejecución cuando estuviese firme, se consideran como materia penal. ^{xxi}

XII.3. Estudios de casos.

A continuación, se relatan algunos expedientes administrativos que reflejan las distintas etapas del régimen migratorio y sus procedimientos administrativos por diferentes motivos de radicación.

Primera etapa: la entrada de la vigencia de la Ley 25.871: expedientes de la DNM Número 100563/2004, Jurisdicción CABA.

Tal como abordé anteriormente, después de la sanción de la ley 25.871, la DNM inició el Programa Nacional de Normalización Documentaria Migratoria en virtud del decreto 1169/04. Se trata de un migrante masculino Extra Mercosur que ingresó a Argentina por la vía terrestre (Paso Internacional Iguazú) en 2003, eludiendo el control migratorio, luego manifestó su voluntad de radicarse en enero 2005, le concedieron la residencia temporaria de dos años. Es importante notar que los requisitos para obtener la residencia bajo el programa eran relativamente sencillos (solo debía acreditar el domicilio y la carencia de antecedentes penales del país original y en Argentina). Sin embargo, por su ineficiencia, el trámite excedió el plazo esperado (8 meses en vez de 6 meses) y fue acompañado con un error administrativo cometido por la autoridad migratoria, el equívoco sobre el género del migrante.

Segunda etapa: la actualización de la aplicación de la Ley 25.871 por el decreto 616/2010: expedientes de la DNM Número 61008/2015, Jurisdicción CABA.

Se trata de una estudiante que solicitó su radicación a comienzos del 2015 y obtuvo su residencia precaria presentando todas las documentaciones personales y la constancia de la inscripción del instituto educativo. No obstante, el expediente llevó más de un año para que le concedieran la residencia temporaria y la estudiante tuvo que prorrogar la residencia temporaria en forma anual presentando las actualizaciones documentales pertinentes para tal fin (certificado de estudiante regular y certificado analítico legalizado por el Ministerio de Educaciones, etc.). No hubo controversias en dicho expediente, pero por la disposición de la DNM 20669/2006 que regula los trámites para diferentes tipos de estudiantes, la migrante logró conseguir su residencia permanente en septiembre del 2019, casi 5 años desde su petición.

Expedientes de la DNM Número 61284/2014 y 19963/2014 Jurisdicción Delegación Córdoba.

Como tal mencioné anteriormente, el requisito para radicarse como trabajador migrante es sumamente complicado porque el otorgamiento de la residencia bajo dicho motivo, depende del cumplimiento de cada procedimiento y la entrega de todas las documentaciones. En este caso, se trata de un migrante que solicitó su regulación en marzo del 2014, luego de la inspección que realizó la DNM que acreditó su vínculo laboral con el empleador, la autoridad declaró la irregularidad migratoria por no presentar el ALTA TEMPRANA emitida por AFIP conforme a lo requerido por art. 8 de la Disposición DNM 40164/2007. Frente a la conminación de regularizar su situación migratoria dentro del plazo de 30 días, el migrante en septiembre 2014 reinició la petición con un nuevo expediente generado y por segunda vez fue acreditado su estatus laboral mediante la inspección. Al final, le concedieron la residencia temporaria con validez hasta marzo del 2015, computando desde la fecha del comienzo de su primer expediente 61284/2014. Cabe aclarar que por la facultad discrecional que tiene la DNM, el plazo de la residencia temporaria con motivo de trabajador migrante para los extranjeros que no forman parte del Mercosur, jamás supera un año, limitando su beneficio a corto plazo y por siguiente, se agrava el trámite burocrático de la DNM.

Tercera etapa: la entrada de vigencia del decreto 70/2017 y su consecuencia: expediente de la DNM Número 41375/2017. Jurisdicción CABA.

Ahora es menester indagar un expediente administrativo generado posterior a los cambios introducidos por el decreto 70/2017 y la situación actual frente a su derogación. Se trata de un extranjero que ingresó al territorio argentino en abril del 2015 por vía terrestre eludiendo el control migratorio (frontera con Bolivia), solicitó la radicación en marzo del 2017 bajo amparo de la reunificación familiar. Aunque contaba con todas las documentaciones necesarias (carencia de antecedentes penales en el exterior y en Argentina, certificado de matrimonio del Registro Civil y Capacidades de las Personas y el domicilio conyugal), recibió la disposición en enero 2018 negándole su solicitud fundamentándose en los siguientes argumentos: primero, la postura desfavorable que manifestó en el informe del ambiente social elaborado por la DNM con un criterio dominante: las diferencias culturales y religiosas imposibilitan la celebración del matrimonio. Segundo, según el art. 29 inciso m) del Decreto 70/2017 ^{xxii} y el art. 37 de la Ley Migratoria ^{xxiii}, el migrante se encontraba con impedimento para su permanencia. Al final, la DNM ordenó la expulsión con el procedimiento especial migratorio sumarísimo

introducido por el decreto 70/2017 y le concedieron un plazo improrrogable de 3 días para interponer el recurso jerárquico. Fuera de sorpresa, el recurso jerárquico fue rechazado porque la autoridad que lo resolvió fue la misma DNM. Luego de presentar recurso judicial ante el juzgado federal contencioso administrativo, el expediente se quedó paralizado actualmente por el efecto de la propagación del Covid 19.

XIII. Reflexiones en la adecuación a los estándares internacionales de los derechos humanos para las personas extranjeras.

Al terminar de investigar las fuentes normativas del derecho migratorio argentino y los expedientes citados, nos permite entender mejor el régimen administrativo en materia migratoria y analizar su posibilidad de la adecuación a los estándares internacionales.

Por un lado, la monopolización del derecho por el poder ejecutivo dado que su función administrativa es concedida por nuestra ley fundamental, mientras tanto, se destaca una acumulación de funciones de la autoridad de la aplicación de la política migratoria: la DNM por sus facultades regladas y los trámites y requisitos documentales rigurosos por sus facultades discrecionales. Todo ello constituye una base de poder excesivo de la administración pública.

Por otro lado, la vigente ley 25.871 junto con su decreto reglamentario 616/2010 constituyen una consolidación de un procedimiento administrativo recursivo con efecto suspensivo que garantiza el debido proceso adjetivo para los migrantes, lo cual tiende a evitar la violación de los derechos humanos causada por la arbitrariedad de los actos administrativos. Además, concordando con una importante parte integrante del derecho administrativo: la protección judicial contra la administración, nuestra legislación interna prevé la revisión judicial obligatoria, asegurada por la doble instancia en las jurisprudencias.^{xxiv}

Sin embargo, si versamos en la práctica, la gestión ineficiente y la discrecionalidad impropia de la autoridad en la administración de la regulación migratoria ya sea por la lentitud de la resolución de trámites, la recaudación de tasas altas o la posible ignorancia de legalidad y razonabilidad de un procedimiento administrativo, obstaculizan la adecuación a los estándares internacionales, donde Argentina se obliga a promover el respeto de los derechos humanos de los individuos por las suscripciones y ratificaciones de dichos instrumentos internacionales. A nivel general, los procedimientos

administrativos recursivos estipulados en la ley cumplen con los estándares internacionales, no obstante, la posible inversión de la garantía del debido proceso legal contra los actos administrativos arbitrarios, por ejemplo, el retorno a un posterior decreto similar al 70/2017, nos permite presumir el probable peligro de vulnerar los derechos humanos de los migrantes por los actos administrativos, cuando estos últimos carecen de validez por falta de algunos elementos como la motivación, como por ejemplo el decreto fue dictado con una motivación errónea, es decir, salvaguardar la seguridad pública mediante la expulsión de los extranjeros con infracciones del índole penal. (CELS,2017)

XIV. El sistema de control judicial en el régimen migratorio: amplio, pero con limitaciones.

Muchas juristas han afirmado que nuestro sistema es calificado como un sistema judicialista debido a las atribuciones independientes que tienen nuestros jueces al juzgamiento de las causas no solo entre los particulares, sino también interviene el estado. Hutchinson (2010) ha argumentado que, en Argentina, el sistema de control judicial en la administración pública no solo acaba en los controles de tribunales administrativos, sino los órganos judiciales. Dicho sistema se caracteriza por su autoctonía, diferenciándose de la doctrina francesa: doble jurisdicción y la doctrina norteamericana: la indemandabilidad del estado. Téngase en cuenta que la justicia administrativa no es meramente una jurisdicción revisora, sino extiende a un amplio control judicial con la garantía de la defensa en juicio y una tutela judicial efectiva (Cassagne, 2004).

El control judicial de los actos administrativos no solo es reconocido en la Ley de Procedimiento Administrativo 19.549, sino en el ámbito internacional donde Argentina ha ratificado los instrumentos del derecho humanos. Por ejemplo, la revisión judicial necesaria de la legalidad y la racionalidad de los actos dictados por la administración pública, constituye una garantía indispensable en la CADH. (CIDH, 2017)

Dado que en Argentina no existe un tribunal especial migratorio, es normal que cause confusiones sobre cuáles son los tribunales competentes para entender las causas donde interviene un extranjero. Este sistema como las otras materias susceptibles de la revisión judicial, se prevé en nuestra CN art Artículo 108:

“- El Poder Judicial de la Nación será ejercido por una Corte Suprema de Justicia, y por los demás tribunales inferiores que el Congreso estableciere en el territorio de la Nación.”

Se le atribuye la competencia al fuero federal en el Artículo 2 de la Ley 48 inciso 4º:

“-Todo pleito que se inicie entre particulares, teniendo por origen actos administrativos del Gobierno Nacional.”

Y el título VII de la Ley 25,871 Artículo 98:

“- Serán competentes para entender en lo dispuesto en los Títulos V y VI los Juzgados Nacionales de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal o los Juzgados Federales del interior del país, hasta tanto se cree un fuero específico en materia migratoria.”

En una palabra, el propio poder ejecutivo a través de sus órganos superiores: el juez contencioso y el juez federal del interior, con doble instancia garantizada, controla las conductas estatales con diferentes matices y alcances desde el escaparte de la legalidad, debido proceso y la razonabilidad.

Esos tres criterios han sido implementados a una gran escala cuando los jueces evalúan los actos administrativos para revisar si los últimos fueron dictados fundamentándose en las normas jurídicas vigentes, si el ejercicio de la administración pública ha cumplido su deber de garantizar el debido proceso (el derecho de defensa) y si la actividad administrativa ha respetado el principio de proporcionalidad e igualdad, si ha utilizado un medio idóneo para alcanzar el fin perseguido ya que el objetivo del derecho administrativo es lograr el interés público y la evaluación de la razonabilidad es para evitar la arbitrariedad de la administración pública, protegiendo la parte más vulnerable, lo sea, los migrantes.

Sin embargo, no podemos omitir que para el acceso de la justicia se requiere un control judicial suficiente, esto quiere decir que los jueces no solo están facultados de revisar los actos administrativos aplicando los tres criterios mencionado, sino sus potestades se extienden a los hechos y el derecho controvertido según el fallo de la CSJN.^{xxv} La Ley 25.871 en cierto modo restringe el control completo de los jueces, limitándose solo a la revisión de la legalidad, debido proceso y la razonabilidad.^{xxvi}

Ahora bien, debido que muchas causales de impedimentos de ingreso y la expulsión fueron delitos penales con condenas firmes o no firmes, es inevitable que intervenga un juez en el fuero penal. Por las jurisprudencias dictadas en los últimos años, podemos concluir que generalmente, pero no exclusivamente, los magistrados penales declararon sus competencias y resolvieron confirmando las medidas de retención preventiva o la expulsión cuando ellos se involucran en las causas penales más graves con las medidas firmes y consentidas, por ejemplo, delitos de narcotráfico, trata de persona, etc. En el fallo "Morris, Marcelino Guillianio s/recurso de casación", del año 2018, la sala IV de la Cámara Federal de Casación confirmó la expulsión ordenada por el juez de ejecución del extrañamiento hacia un extranjero con condena firme por la tentativa de contrabando agravado de estupefacientes destinados a la comercialización.^{xxvii}

No obstante, en las causas donde un extranjero solo infringe las normas administrativas sin tener causa penal en su contra, por ejemplo, el ingreso por lugar no habilitado, la desnaturalización del motivo de ingreso, generalmente le corresponde al fuero contencioso administrativo federal la potestad de entender dichas causas, al menos en la jurisdicción de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires porque en el ámbito de las provincias, siempre existe un único magistrado que asuma todas las competencias federales.

Este trabajo, con su objetivo de enfatizar en los aspectos administrativos de materia migratoria, se abordará principalmente la cuestión donde los migrantes fueron expulsados por las infracciones administrativas y sus resoluciones judiciales. La Ley 25.871 establece un procedimiento regular por las infracciones administrativas, diferenciándose del procedimiento sumarísimo que impone el decreto 70/2017. Por ejemplo, En el auto caratulado "DIRECCIÓN NACIONAL DE MIGRACIONES S/ RETENCIÓN DE PERSONAS DE NACIONALIDAD CHINA" Expte. N° 5-17.559-20.768/2.011 de 2011, La Cámara Federal de Paraná desestimó el recurso de apelación interpuesto por la Dirección nacional de Migraciones contra una resolución que hizo lugar a la acción de Habeas Corpus interpuesta por ciudadanos chinos y ordenó su inmediata libertad. Además, hizo saber a la Dirección Nacional de Migraciones que deberá guardar los criterios amparistas de conforme la ley 25.871.^{xxviii} En este fallo, la actuación de la DNM de retener los extranjeros irregulares sin intimarlos previamente ha sido cuestionada por la desajustación del procedimiento reglado, o sea la ilegalidad. El hecho de que los actores no contaron con la asistencia legal obligatorias en los trámites migratorios administrativos (la notificación de la expulsión y la retención) ha

sido considerado como la violación de derecho de defensa. También debe resaltarse la irracionalidad de la actividad administrativa cuando los extranjeros fueron retenidos sin considerar que ellos no contaban con antecedentes penales ni migratorios, más aún la autoridad administrativa privó la libertad de ellos por un plazo prolongado excesivo que estipula la ley y violó el principio de proporcionalidad por la falta de la utilización de un medio idóneo para perseguir su fin (una retención prolongada para el “bien común” contra el interés particular del migrante).

Sin lugar a dudas el desempeño del juez en la revisión de los procedimientos administrativos del fallo mencionado fue adecuado, pero en el panorama del sistema de control judicial a los actos administrativos dictados por la DNM en perjuicio a las personas extranjeras, el control efectivo y suficiente aún se encuentra pendiente. Por un lado, la ausencia de un tribunal migratorio que englobe las cuestiones pertinentes provoca la deficiencia relativa de los conocimientos jurídicos en materia migratoria, incluidos los jueces y los abogados. En mayoría de los casos, los migrantes entablaron las acciones judiciales en las cámaras de apelaciones porque no les dieron lugar los magistrados en la primera instancia, algunas veces la propia cámara desestima las solicitudes de amparo de los migrantes frente a una expulsión sosteniendo la misma resolución de los jueces de la primera instancia. Tales casos son enumerados en el cuadernillo 11 Colección de dictámenes sobre derechos humanos de personas migrantes (2019) en el periodo de 2012 a 2019.

Por otro lado, la materialización de la tutela judicial a los migrantes es impactada por la demora general de todo el sistema judicial, la cuestión migratoria tampoco es una excepción. La poca cantidad de las resoluciones judiciales reconociendo los derechos fundamentales de los migrantes no se puede comparar con los actos dictados por la DNM con una diferente postura. Según la investigadora García (2016), durante el periodo de 2008-2010, todas las acciones promovidas contra la DNM por las 2060 órdenes de expulsiones, solo 89 se articularizaban, descartando otras causales, por ejemplo, la desaparición de la persona migrante por la notificación inadecuada, es lógico llamar la atención de la mora del poder judicial para resolver dichas controversias.

En síntesis, el sistema del control judicial a los actos administrativos, se nutre del espíritu de nuestra CN, y se amplía por la potestad del poder judicial. Empero, en materia migratoria, se encuentra con la poca participación de la autoridad judicial ya sea por la limitación teórica de los criterios de la legalidad, debido proceso y la

razonabilidad o por la limitación práctica por las escasas cantidades de pronunciamientos. Sumado a ello, la posible confusión sin una distinción clara entre materia migratoria y materia penal, agrava la falencia de un control judicial eficiente.

XV. Derechos comparados. El caso chileno.

Limitando en el oeste de la cordillera de Los Andes, nuestro vecino Chile con un sistema económico neoliberal que favorece un crecimiento importante de su economía, en cierto grado posee algunas concordancias en la regulación del régimen migratorio como Argentina. La similitud es reflejada en el reconocimiento de los derechos de migrantes en su Constitución. Por ejemplo; el artículo 1º de la Constitución Política de la República establece *"las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos"*, coincidiendo con el principio igualitario entre nacionales y extranjeros del art 20 de nuestra Constitución. Además, su artículo 5º inciso 2º señala que *"la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana"*, y el inequívoco deber del estado chileno de *"respetar y promover tales derechos garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes"* también es destacado como un compromiso internacional de respetar a los derechos fundamentales de las personas humanas, sin distinguir las nacionalidades.

Tal como observamos en el derecho migratorio argentino, la materia extranjera chilena tiende a calificarse con carácter del derecho administrativo. Por ejemplo, el Decreto Ley 1094 dictado por el gobierno militar, que todavía se encuentra vigente, atribuye la amplia competencia migratoria al Ministerio del Interior en su art 13, mientras tanto, el Departamento de Extranjería y Migraciones bajo su independencia se encarga de aplicar y supervigilar directamente el cumplimiento de las normas de ley y su reglamento. No obstante, la diferencia es distinguida en cuanto a los procedimientos administrativos recursivos. Frente a una multa dispuesta por la infracción administrativa, por ejemplo, desarrollar actividad renumerada sin la debida autorización, el migrante podrá interponer el recurso de reconsideración ante el intendente regional, cuyo incumplimiento puede provocar la expulsión que es la mayor sanción. Aunque la Ley 19.880 (la ley de procedimiento administrativo chileno) establece que los actos administrativos arbitrarios e irracionales pueden ser impugnados mediante recurso de reposición y jerárquico, esas herramientas raras veces podrían ser útiles para que el

migrante consiga una revocatoria. Varias son las causales que debilitan los recursos administrativos, entre ellas, la amplia potestad que le otorga al Ministerio del Interior y la dificultad de conseguir una resolución revocatoria. Más aún, la ley prevé una gran cantidad de supuestos que motiven la cancelación de la solicitud de visado, la prórroga y la permanencia a tenor de las infracciones administrativas y penales, cuya consecuencia de la expulsión solo podría ser impugnada mediante el recurso especial de reclamación ante la Corte Suprema dentro de 24 horas porque la medida de expulsión es dispuesta por decreto supremo. La deducción de la acción judicial implica la suspensión de efecto expulsorio, pero paradójicamente, el migrante se encontrará privado de libertad antes de la resolución definitiva. (Domínguez Valverde, 2016).

XVI. A modo de conclusión.

A través del análisis llevado adelante a lo largo de este trabajo, es posible arribar a una serie de consideraciones finales que sirven como corolario para el análisis del nuestro régimen jurídico migratorio.

En el primer lugar, fue posible comprobar que la política migratoria en la historia fue impactada verticalmente por el ámbito político. El lineamiento de la postura política se inició por la necesidad de fomentar las migraciones (Ley Avellaneda), se endureció por la restricción de la inmigración (Ley de residencia social y Ley Videla), se cambió por una actitud “pro-migrante” del presidente Néstor Kirchner (Ley 25.871), luego el decreto de necesidad y urgencia 70/2017 es la política “anti-migrante” del gobierno macrista. Actualmente, bajo el contexto especial de la pandemia, el gobierno de turno retornó hacia una postura “pro-migrante” derogando el decreto anterior

Vale recalcar por la relación jerárquica entre el poder ejecutivo, el Ministerio del Interior y la DNM, la falta de independencia de la autoridad de aplicación, crea el peligro de destruir el avance que marca la Ley 25.871, especialmente por la promulgación del decreto 70/2017, los procedimientos administrativos se encuentran cuestionados por la inconstitucionalidad. Aunque dicho decreto fue derogado hace poco, ha causado daños irreparables con numerosos expedientes guiados por un criterio erróneo. Además, la derogación de dicho decreto no implica necesariamente la finalización de un decreto semejante. La falta de independencia de la autoridad

migratoria obsta el derecho de un adjudicador responsable e imparcial para los migrantes.

La idea de este trabajo es analizar las problemáticas extrínsecas resididas en los ejercicios de la función administrativa regulatoria de la DNM: la monopolización del derecho, su ineficiencia y la discrecionalidad improporcional, para luego dirigirse a las problemáticas intrínsecas que surgen de su propio sistema de control judicial como la inexistencia de un tribunal migratorio, la poca especialización en dicha materia de los magistrados y los abogados, la limitaciones teóricas de las facultades del juez, y la demora general en resolver las controversias migratorias, todo ello con el objetivo de presentar la problemática principal: el desequilibrio del poder entre la administración pública y el control judicial. Asimismo, podemos tener una comprensión profunda del derecho migratorio, un derecho fácilmente manipulado y monopolizado por el Estado en los procedimientos administrativos.

En el segundo lugar, gracias a las estipulaciones de la Constitución Nacional, los tratados internacionales de derechos humanos y la Ley 25.871, el reconocimiento de los derechos fundamentales de las personas extranjeras puede ser materializado en las leyes. Sin embargo, en los decretos, se destaca la injerencia del poder ejecutivo que puede llegar a vulnerar los derechos humanos de migrantes mediante actos arbitrarios.

En el tercer lugar, el estudio del caso de derecho migratorio chileno nos permite presumir la vulnerabilidad del régimen jurídico migratorio a nivel regional, dando alertas a la formulación de futuras políticas migratorias de los estados sudamericanos.

Cabe enfatizar que, sobre la adecuación a los estándares internacionales en materia migratoria, el Ministerio Público Fiscal (2019) ha dictado diversos dictámenes vinculando la protección de los derechos humanos de los migrantes con el deber del estado en los procedimientos migratorios. Entre ellos, el debido proceso y el control judicial a las resoluciones administrativas son dos herramientas indispensables para restringir la discrecionalidad del estado cuando dicta sus actos administrativos.

Sobre todo, por el carácter administrativo de nuestro régimen jurídico migratorio, el desequilibrio provocado entre la autoridad administrativa y el control judicial posiblemente impide la adecuación a los estándares internacionales sobre el respecto de los derechos humanos de los migrantes, especialmente el acceso a la justicia y el debido proceso porque principalmente se requieren una administración responsable e imparcial basando en los principios de legalidad y razonabilidad y un control judicial suficiente.

Finalmente, como epílogo del presente trabajo, sólo resta destacar que no es suficiente estudiar una temática migratoria desde el campo del derecho humano subjetivo como se trata tradicionalmente, sino desde una perspectiva del derecho administrativo nos brinda la posibilidad de complejizar el análisis al reflexionar no sólo sobre sus fuentes legislativas sino también sobre aquellas subyacentes vinculadas a las actuaciones de la autoridad de aplicación de la política migratoria y la autoridad judicial revisora. De esta manera, al utilizar dicho análisis como una herramienta a ser incorporada en el proceso de la definición de políticas estatales que se encuentren verdaderamente abocadas a gestionar la problemática, y la perfección de la legislación futura en materia migratoria, colocando siempre en un lugar preponderante y protegiendo a los sectores más vulnerables.

Bibliografía.

3000 extranjeros fueron expulsados por el decreto de Macri que ahora se derogó (5 de marzo de 2021). *La Nación*. Recuperado de <https://www.lanacion.com.ar/politica/3000-extranjeros-fueron-expulsados-por-el-decreto-de-macri-que-ahora-se-derogo-nid05032021/>

Carrillo, S. (2007). El procedimiento migratorio y su control judicial en la ley 25.871. Adecuación del derecho interno a los estándares internacionales. *La Ley* 2007-B, 465.

Caso Nadege Dorzema y Otros vs República Dominicana. Resumen Oficial. Corte Interamericana de Derechos Humanos. (24 de octubre de 2012). Recuperado de https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_251_esp.pdf

Caso Vélez Loo vs. Panamá. Resumen Oficial. Corte Interamericana de Derechos Humanos. (23 de noviembre de 2010). Recuperado de https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_218_esp.pdf

Cassagne, J. (2004, 16 de junio). El acceso a la justicia administrativa. *La Ley*. Recuperado de http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/_El_acceso_a_la_justicia_administrativa.pdf

Cassagne, J. (2008, 10 de agosto). La Prohibición de arbitrariedad y el control de la discrecionalidad administrativa por el poder judicial. *La Ley*. Recuperado de http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/La_prohibicion_de_arbitrariedad_y_el_control_de_la_discrecionalidad_administrativa_por_el_poder_judicial..pdf

Centro de Estudio Legales y Sociales. (20 de marzo de 2017). *Audiencia en la CIDH: el estado no pudo justificar el dnu de migrantes*. Recuperado de <https://www.cels.org.ar/web/2017/03/audiencia-en-la-cidh-el-estado-no-pudo-justificar-el-dnu-de-migrantes/>

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (7 de septiembre de 2007). *El Acceso a la Justicia como Garantía de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Estudio de los Estándares Fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Recuperado de <http://www.cidh.org/pdf%20files/ACCESO%20A%20LA%20JUSTICIA%20DESC.pdf>

Constitución de la Nación Argentina (Const). Ley 24.430. Artículos 14, 20, 75, 99 y 108. 3 de enero de 1995 (Argentina)

Constitución de la Nación Argentina (Const). 1853 (Argentina)

Constitución Política de la República de Chile (Const). Artículos 1 y 5. 8 de agosto de 1980 (Chile)

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva -18/03 (17 de septiembre de 2003). *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Parr. 125 Recuperado de <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2003/2351.pdf>

Datosmacro. (s.f.). *Aumenta el número de inmigrantes en Argentina*. Recuperado de <https://datosmacro.expansion.com/demografia/migracion/inmigracion/argentina>

Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. (2012). Informe Anual 2011. Recuperado de <https://defensoria.org.ar/biblioteca/#todas-las-publicaciones>

Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. (2017). Informe Técnico DNU 70/17.

Decreto 874 de 1982. Migraciones.Asignaciones.-Art.108 de la Ley 22.439. 18 de Octubre de 1982. Boletín Oficial N° 25.027

Decreto 1094 de 2011. (con fuerza de ley). Establece Normas sobre Extranjeros en Chile. 08 de abril de 2011.

Decreto 1169 de 2004. Regularización de la Situación Migratoria de Ciudadanos Nativos de Países fuera de la Órbita de MERCOSUR. 6 de Septiembre de 2004.

Decreto 616 de 2010. Reglamentación de la Ley de Migraciones N° 25.871 y sus modificatorias. 03 de mayo de 2010. Boletín Oficial N° 31.898.

Decreto de Necesidad y Urgencia 70 de 2017 (con fuerza de ley) Modificación. Ley N° 25.871. 27 de enero de 2017. Boletín Oficial N° 33.555.

Decreto de Necesidad y Urgencia 138 de 2021 (con fuerza de ley) DECNU-2021-138-APN-PTE - Decreto N° 70/2017. Derogación. 04 de marzo de 2021. Boletín Oficial N° 34.601.

Dirección Nacional de Migraciones. (2010). PATRIA GRANDE. Programa Nacional de Normalización Documentaria Migratoria. INFORME ESTADÍSTICO. Recuperado de www.migraciones.gov.ar/pdf/estadisticas/Patria_Grande.pdf

Dirección Nacional de Migraciones. (s.f.). *Compromisos Internacionales*. Ministerio del Interior. Recuperado de

<https://www.argentina.gob.ar/interior/migraciones/compromisosinternacionales-n>

Dirección Nacional Electoral (s.f.) CABA. Recuperado de

<https://www.argentina.gob.ar/interior/extranjeros-residentes-en-argentina/caba>

Disposición 1488 de 2010. (Dirección Nacional de Migraciones) Apruébase el Instructivo de Trámites Mercosur. 23 de Julio de 2010.

Disposición 40164 de 2007. (Dirección Nacional de Migraciones) Trabajadores en Relaciones de Dependencia- Residencias para Personas Extranjeras Extra-Mercosur. 23 de Agosto de 2007.

Disposición 20669 de 2006. (Dirección Nacional de Migraciones) Ingreso al Territorio Nacional. Personas Extranjeras que Desean Cursar Estudio Formales o Asistir a Cursos No Formales. 23 de Mayo de 2006.

Disposición 2079 de 2004. (Dirección Nacional de Migraciones) Medidas de Extrañamiento- Suspensión. 03 de febrero de 2004.

Domínguez Valverde, C. (2016). Derecho Chileno Migratorio a la luz del Derecho Migratorio Internacional. ¿Ceden los Derechos Humanos Mínimos de los Extranjeros ante las Prerrogativas Soberanas de Control Migratorio? *Revista Chilena de Derecho*, vol. 43 (1). Recuperado de <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372016000100009>

García, Lila. (2016). Personas migrantes y acceso a la justicia. Notas para pensar una tutela efectiva a partir de los casos judicializados de personas en situación de expulsión. *Revista Derecho y Ciencias Sociales* (Nº 15). pp 21 - 46.

Gordillo, A. (2012). *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas: Primeras Obras*. Tomo 5 1ª ed., Fundación de Derecho Administrativo Buenos Aires. *Capítulo IV El Derecho Administrativo, II Concepto de Derecho Administrativo*

Gordillo, A. *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas Tomo V Libro III, Procedimiento y Recursos Administrativos* 1ª edición, Buenos Aires, Jorge Álvarez editor, 1964 Reimpresión como Libro III del Tratado de derecho administrativo y obras selectas, t. V, Buenos Aires, FDA, 2012

Gordillo, A. (2014). Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas: Primeros Manuales. Tomo 9 1ª ed., Fundación de Derecho Administrativo Buenos Aires. Libro I Sección IV, *Capítulo VIII Facultades Regladas y Discrecionales de la Administración*.

Hutchinson, T. (2010). El sistema argentino de control judicial de la Administración. *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP* Año 07, Numero 40. Recuperado de <http://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/19861>

Ley 25.871 de 2004. Política Migratoria Argentina. 21 de enero de 2004. B.O N°30322.

Ley 19.549 de 1972. Ley de Procedimiento Administrativo. 27 de abril de 1972. B.O N°22411.

Ley 817 de 1876. Ley de Inmigración y Colonización. 06 de octubre de 1876.

Ley 22.439 de 1981. Ley General de Migraciones y de Fomento de la Inmigración. 27 de marzo de 1981. B.O N° 24637.

Ley 24.393 de 1994. Modificación de la Ley N° 22.439. 18 de Noviembre de 1994. B.O.N° 28.030.

Ley 24.660 de 1996. Ley de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad. 8 de Julio de 1996. B.O.N° 28.436.

Ley 48 de 1863. Jurisdiccion y Competencia de los Tribunales Nacionales. Art.20. 14 de Septiembre de 1863.

Ley 19.880 de 2003. Establece Bases de Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado. 22 de mayo de 2003. (Chile)

Linares, M. (2018). La Dirección Nacional de Migraciones entre 2003 y 2015: acciones para el cambio de cultura organizacional. Una mirada "desde adentro". *Revista Interdisciplinar da Mobilidade Humana*, vol. 26 (53). pp 187 – 203.

Loayza Tamayo, C. (24 de septiembre de 2014). La doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Bases de conocimiento de la facultad de Derecho y Ciencias Políticas*. Conferencia llevada a cabo en Universidad Abierta Interamericana, Buenos Aires.

Ministerio Público Fiscal. (2019). Derechos de las personas migrantes. Dictámenes del Ministerio Público Fiscal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación (2012 - 2019).

(Cuadernillo 11) Recuperado de <https://www.mpf.gob.ar/dgdh/wp-content/blogs.dir/66/files/2019/12/DGDH-cuadernillo-11-Derechos-de-las-personas-migrantes.pdf>

Muñoz, R. Ministerio Público de la Defensa. (2017). *La potestad de dispensa por razones de índole familiar, como facultad discrecional –exclusiva- de la Dirección Nacional de Migraciones*. Recuperado de <https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/Estudios/2017.3.%20La%20potestad%20de%20dispensa%20como%20facultad%20discrecional%20%E2%80%93exclusiva%E2%80%9320de%20la%20Direcci%C3%B3n%20Nacional%20de%20Migraciones.pdf>

Nicolao, J. (2015). Las migraciones en la agenda del Mercosur. El rol de Argentina en el Foro Especializado Migratorio. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*. (29). Recuperado de <http://www.reei.org/index.php/revista/num29/notas/migraciones-agenda-mercosur-rol-argentina-foro-especializado-migratorio>

Noticias ONU. (26 de febrero de 2013). *Argentina: OIM reporta aumento de inmigración*. Recuperado de: <https://news.un.org/es/story/2013/02/1265241>

Observatorio sobre Migraciones y Asilo en Argentina “Gabriel Chausovsky”. (2020). El DNI ¿Más lejos o más cerca?. Regularización y documentación de migrantes a través del sistema RADEX (Nº1). Recuperado de

https://drive.google.com/file/d/139zi0E1zVfoIa8lwhZNA8Mu_AgiGRRoU/view?fbclid=IwAR3RtFV9UEH-d3LV6YHdtKhkc-fwpwQ2BYtE1Myyr7-WtIx-rXTYx9gbUfo

Organización de los Estados Americanos (OEA), *Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica"*, 22 noviembre 1969.

Recuperado de https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm

Organización Internacional para las Migraciones. *¿Quién es un migrante?*. Recuperado de <https://www.iom.int/es/quien-es-un-migrante>

Vacas Fernández, F. (2017). *El Derecho Migratorio, Internacional y Europeo, como límite desde los derechos humanos a la discrecionalidad de los Estados en materia migratoria*, Valencia, España: Tirant Lo Blanch.

ⁱ Declaración Universal de Derechos Humanos Resolución 217 A (III), Organización de las Naciones Unidas Doc. ONU A/810 en 71 (Artículo 13 1.y 2. 1948.

ⁱⁱ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Resolución de la Asamblea General 2200A (XXI), 21 Naciones Unidas GAOR Supp. (No. 16) p. 52, Organización de las Naciones Unidas Doc. A/6316 (1966), 999 Naciones Unidas, Serie sobre Tratados 171. Artículo 12 1. y 2. 23 de marzo de 1976.

ⁱⁱⁱ Declaración Universal de Derechos Humanos Resolución 217 A (III), Organización de las Naciones Unidas Doc. ONU A/810 en 71, Artículo 7. 1948.

^{iv} Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Resolución de los Estados Americanos XXX, aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana Artículo 16. 1948.

^v Convención sobre los Derechos del Niño, Resolución de la Asamblea General 44/25, anexo, 44 Naciones Unidas GAOR Supp. (No. 49) p. 167, Organización de las Naciones Unidas Doc. A/44/49 (1989), Artículo 10. 2 de septiembre de 1990.

^{vi} Convención Americana sobre Derechos Humanos, Organización de los Estados Americanos. Serie sobre Tratados No. 36, 1144 Naciones Unidas, Serie sobre Tratados 123. Artículo 8.1. 18 de julio de 1978.

^{vii} Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Vélez Loor VS. Panamá Sentencia 23 de noviembre de 2010.

^{viii} Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Nadege Dorzema y Otros Vs. República Dominicana Sentencia 24 de octubre de 2012.

^{ix} Cámara Federal de Apelaciones. Paraná, Entre Ríos, Ali Yun, Lingyan Zheng y otra SENTENCIA Id SAIJ: FA0498026, 10 de diciembre de 2004.

^x Artículo 64. — Los actos administrativos de expulsión firmes y consentidos dictados respecto de extranjeros que se encuentren en situación irregular, se ejecutarán en forma inmediata cuando se trate de:

a) Extranjeros que se encontraren cumpliendo penas privativas de libertad, cuando se hubieran cumplido los supuestos establecidos en los acápites I y II del artículo 17 de la ley 24.660 que correspondieren para cada circunstancia. La ejecución del extrañamiento dará por cumplida la pena impuesta originalmente por el Tribunal competente;

b) Extranjeros sometidos a proceso, cuando sobre los mismos recayere condena firme de ejecución condicional. La ejecución del extrañamiento dará por cumplida la pena impuesta originalmente por el Tribunal competente;

c) El procesamiento de un extranjero sobre el que pesa orden administrativa de expulsión firme y consentida, en cuyo caso no procederá el otorgamiento del beneficio de la suspensión del juicio a prueba o de medidas curativas, las que serán reemplazadas por la ejecución del extrañamiento, dándose por cumplida la carga impuesta al extranjero

^{xi} Artículo 107. — La Dirección Nacional de Migraciones, será el órgano de aplicación de la presente ley, con competencia para entender en la admisión, otorgamiento de residencias y su extensión, en el

Territorio Nacional y en el exterior, pudiendo a esos efectos establecer nuevas delegaciones, con el objeto de conceder permisos de ingresos; prórrogas de permanencia y cambios de calificación para extranjeros. Asimismo, controlará el ingreso y egreso de personas al país y ejercerá el control de permanencia y el poder de policía de extranjeros en todo el Territorio de la República.

^{xii} Decreto 616/2010. Artículo 20. e) Control de permanencia: A efectos de controlar la legalidad de la permanencia de extranjeros en el territorio argentino, la DIRECCIÓN NACIONAL DE MIGRACIONES tendrá las siguientes atribuciones: 2) Organizar y conducir los operativos de inspección y fiscalización orientados a verificar el cumplimiento de las obligaciones de los dadores de empleo y alojamiento con respecto a la población extranjera residente en el país. 6) Organizar y conducir los operativos de inspección y fiscalización tendientes a constatar la existencia del criterio migratorio alegado por el extranjero frente a la autoridad competente.

^{xiii} Artículo 63 — En todos los supuestos previstos por la presente Ley: b) La expulsión lleva implícita la prohibición de reingreso permanente o por un término que en ningún caso podrá ser inferior a cinco (5) años y se graduará según la importancia de la causa que la motivara. Dicha prohibición sólo podrá ser dispensada por la Dirección Nacional de Migraciones. ARTÍCULO 59--Quienes infrinjan las disposiciones establecidas en el artículo 55, primer párrafo de la presente, serán sancionados solidariamente con una multa cuyo monto ascenderá a veinte (20) Salarios Mínimo Vital y Móvil por cada extranjero al que se proporcione alojamiento a título oneroso.

^{xiv} Artículo 75. — Podrán ser objeto de Recurso de Reconsideración los actos administrativos que resuelvan sobre las cuestiones enumeradas precedentemente. Dicho recurso se interpondrá contra los actos dictados por la Dirección Nacional de Migraciones y serán resueltos por ésta.

Artículo 76. — La autoridad competente deberá resolver el Recurso de Reconsideración deducido, dentro de los treinta (30) días hábiles de su interposición. Vencido dicho plazo sin que hubiere una resolución al respecto, podrá reputarse denegado tácitamente, sin necesidad de requerir pronto despacho.

^{xv} Artículo 17 de la ley 25.871 El Estado proveerá lo conducente a la adopción e implementación de medidas tendientes a regularizar la situación migratoria de los extranjeros.

^{xvi} El sistema RADEX es la única vía para iniciar el trámite online y lo presencial solo se otorga a quienes solicitan la eximición del pago de tasa. Fuente: DNM.

^{xvii} Para los extranjeros Mercosur, se necesita dos trámites en general, primero la temporaria y después el cambio de categoría a la Permanente. Para los extranjeros No Mercosur, se necesita 4 trámites en general, primero la temporaria, luego con dos prórrogas y se finaliza con el cambio de categoría a la permanente. Fuente: DNM.

^{xviii} Artículo 17.- Con el fin de regularizar la situación migratoria de los extranjeros, la DIRECCIÓN NACIONAL DE MIGRACIONES podrá: a) Dictar disposiciones que simplifiquen y agilicen los trámites administrativos respectivos. b) Celebrar convenios y recurrir a la colaboración de organismos públicos o privados. c) Desarrollar e implementar programas en aquellas zonas del país que requieran un tratamiento

especial. d) Celebrar convenios con autoridades extranjeras residentes en la REPÚBLICA ARGENTINA a fin de agilizar y favorecer la obtención de la documentación de esos países. e) Fijar criterios para la eximición del pago de la tasa migratoria, en casos de pobreza o cuando razones humanitarias así lo justifiquen.

^{xix} Artículo 29.- A los fines previstos en el artículo 29, incisos c), e), f), g) y h) de la Ley N° 25.871, se entenderá por "condenado" a aquel extranjero que registre una sentencia condenatoria firme y por "antecedente", la condena no firme o el procesamiento firme dictados en su contra. El antecedente o la condena que se registre en el exterior sólo serán computados cuando el hecho que los origina constituya delito para la ley argentina.

^{xx} Art 62 inciso c) El residente hubiese sido condenado, en la REPÚBLICA ARGENTINA o en el exterior, aunque dicha condena no se encuentre firme, respecto de delitos distintos a los enumerados en el inciso b) y que merezcan para la legislación argentina penas privativas de la libertad

^{xxi} DNU 70/2017 dispone la expulsión en caso de haber sido condenado o estar cumpliendo condena, o tener antecedentes o condena no firme por delitos que merezcan según las leyes argentinas pena privativa de libertad, eliminando la limitación donde le corresponde la expulsión si un extranjero hubiera cometido un delito con pena privativa de libertad mayor de 3 años. (art 29 y 62); además, el DNU amplió los supuestos, condiciones y plazos para incluir un migrante al instituto de retención preventiva y luego ser expulsado. (art 69 y 70).

^{xxii} Artículo 4° — Sustitúyese el artículo 29 de la Ley N° 25.871 y su modificatoria por el siguiente: “Artículo 29.- Serán causas impeditivas del ingreso y permanencia de extranjeros en territorio nacional: m) El incumplimiento de los requisitos exigidos por la presente Ley.

^{xxiii} Artículo 37. — El extranjero que ingrese a la República por lugar no habilitado a tal efecto, o eludiendo cualquier forma de contralor migratorio, será pasible de expulsión en los términos y condiciones de la presente ley.

^{xxiv} CSJN, “Ojeda Hernández, Luis Alberto s/ causa N° 2739/12”, 10 de julio de 2014.

^{xxv}CSJN, “Fernández Arias Elena y otros c/ Poggio, José s/ sucesión” SENTENCIA Id SAIJ: FA60000005, 19 de septiembre de 1960.

^{xxvi} Artículo 89. — El recurso judicial previsto en el artículo 84, como la consecuente intervención y decisión del órgano judicial competente para entender respecto de aquéllos, se limitarán al control de legalidad, debido proceso y de razonabilidad del acto motivo de impugnación.

^{xxvii}CSJN, Sala 04 “Marcelino Guilliano Morris” SENTENCIA, Hornos d SAIJ: FA18260261. 31 de agosto de 2018.

^{xxviii} Cámara Federal de Apelaciones. Paraná, Entre Ríos “Dirección Nacional de Migraciones s/ Inc. de hábeas corpus deducido por: Dai Jianqing y otros SENTENCIA Id SAIJ: FA11977586. 11 de junio de 2011.

RESERVA DE TEMA

12/4/2021

Correo: Cecilia Yang - Outlook

RE: Reserva del tema. Derecho. Sede Centro

Miceli, Marilina <Marilina.Miceli@UAI.edu.ar>

Mié 9 Dic 2020 12:15

Para: Cecilia Yang <ceciliayang1958@hotmail.com>

CC: Cespedes, Viviana Elisabet <Viviana.Cespedes@UAI.edu.ar>

Tema registrado. Atte

De: Cecilia Yang <ceciliayang1958@hotmail.com>

Enviado el: miércoles, diciembre 09, 2020 11:42 AM

Para: Miceli, Marilina <Marilina.Miceli@UAI.edu.ar>

Asunto: Reserva del tema. Derecho. Sede Centro

ATENCIÓN: Este email proviene de un origen externo a la institución. No ingrese a links y tampoco abra archivos adjuntos en el mismo, salvo que Ud. conozca a la persona que se lo envía y sepa que el contenido es seguro.

De mi mayor consideración, profesora Dra. Marilina Miceli

Por el presente email solicito hacer reserva de tema para mi trabajo final con el objetivo de obtener mi título de abogacía. El tema mismo se versará sobre el Régimen jurídico migratorio actual en Argentina: un análisis integral desde la mirada del derecho administrativo, lo cual se detallará en mi anteproyecto adjuntado.

Para llevar a cabo ese trabajo le solicite asistencia al profesor Dr. Carlos Walter Agostinelli, el cual será mi tutor y está prestando su conformidad por el reenvío del ese mail.

Sin más que informar, saluda cordialmente.

Yanjing Yang Sede Centro.

De: cagostinelli@hotmail.com <cagostinelli@hotmail.com>

Enviado: viernes, 4 de diciembre de 2020 14:20

Para: Cecilia Yang <ceciliayang1958@hotmail.com>

Asunto: RE: Consulta tutoría del trabajo final

Srta Yang

Acepto la propuesta de dirigir su trabajo final. Mi celular es 1550430055. Puede comunicarse por WhatsApp. La saludo atentamente. Dr Carlos Walter Agostinelli

De: cagostinelli@hotmail.com <cagostinelli@hotmail.com>

Enviado: viernes, 4 de diciembre de 2020 08:42

Para: Cecilia Yang <ceciliayang1958@hotmail.com>

Asunto: Re: Consulta tutoría del trabajo final

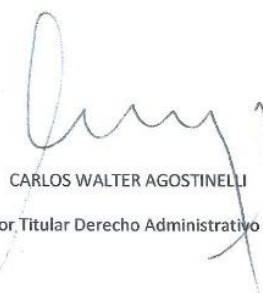
BUENOS AIRES, de marzo de 2021

Señor Decano de la Facultad de Derecho de la
Universidad Abierta Interamericana.

De mi consideración.

Me dirijo a Ud a efectos de manifestarle acepto la designación para desempeñarme como tutor del trabajo "Régimen jurídico migratorio actual en Argentina: un análisis desde la mirada del derecho administrativo." a realizar por la estudiante Yang Yanjing bajo mi supervisión.

Saludo a Ud atentamente.



CARLOS WALTER AGOSTINELLI
Profesor Titular Derecho Administrativo II

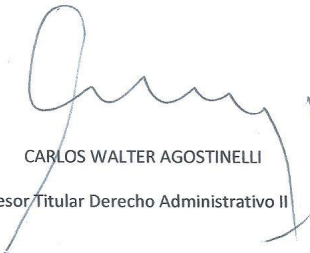
BUENOS AIRES, 9 de abril de 2021

Señor Decano de la Facultad de Derecho de la
Universidad Abierta Interamericana.

De mi consideración.

Me dirijo a Ud a efectos de manifestarle que el trabajo "Régimen jurídico migratorio actual en Argentina: un análisis desde la mirada del derecho administrativo." ha sido confeccionado por la estudiante Yang Yanjing bajo mi supervisión y se encuentra en condiciones para su presentación y evaluación, con la máxima calificación según mi opinión.

Saludo a Ud atentamente.



CARLOS WALTER AGOSTINELLI
Profesor Titular Derecho Administrativo II