



Universidad Nacional  
de La Matanza

**Escuela de Posgrado - Especialización en Derecho Administrativo**

**TITULO DEL PROYECTO:**

El Decreto de Necesidad y Urgencia N° 70/2017: Análisis y debates en torno a las políticas migratorias y a la observancia de los requisitos constitucionales.

**NOMBRE DEL INVESTIGADOR/A O TESISISTA:** Karina Soledad Turdó

**TUTOR DEL TRABAJO:** Juan Santiago Ylarri

**CARRERA:** Especialización Derecho Administrativo

## ÍNDICE

I - Introducción:	4
II – Políticas Migratorias en Argentina	6
II – A) La Constitución Nacional	6
II – B) Las leyes	7
II – B) 1 - Ley “Videla”	7
II. B) 2- Ley de Migraciones N° 25871	9
II. C) Tratados internacionales	12
II. D) ¿Inclusión o exclusión?	14
III) La regulación de los Decretos de Necesidad y Urgencia	17
III) A) Referencia Histórica	17
III. B) Régimen a partir de la reforma	18
III) C) Requisitos de admisibilidad - Jurisprudencia	19
III. D) Requisitos formales y el control posterior	21
III. E) Jerarquía y vigencia:	24
IV- El Decreto de Necesidad y Urgencia N° 70/17	26
IV. A) Fundamentos	26
IV. B) Algunas disposiciones sustanciales	28
IV. B) 1 – El Procedimiento Migratorio Especial Sumarísimo	32
V – Análisis comparativo de la Ley de Migraciones N° 25871 y el Decreto de Necesidad y Urgencia N° 70/17	37
V. A) El procedimiento especial sumarísimo	39
V. B) La asistencia jurídica gratuita	41
V. C) Fundamentos y objetivos de la norma	42
VI – Utilización del instituto del Decreto de Necesidad y Urgencia	46
VI – A) La ausencia de debate	46
VI – B) Circunstancias excepcionales, la “necesidad y urgencia”	48
VI- C) Materias vedadas	49
VI – D) Control posterior	51
VII – Jurisprudencia	53
VII. A) Respecto del principio de igualdad	53

VII. B) Algunas cuestiones propias del DNU N° 70/17 .....	56
VII. B) 1. Recursos.....	56
VII. B) 2. Reunificación familiar .....	57
VII. B) 3. Plazos.....	58
VII. B) 4. Materias vedadas .....	59
VII. B) 5. El caso CELS.....	60
VII. B) 6. A partir de la derogación del DNU N° 70/17.....	68
VII. C) El caso “Vélez Loor vs. Panamá”.....	70
VIII – La derogación del Decreto N° 70/17 .....	71
IX – Conclusiones .....	74
BIBLIOGRAFIA.....	77

## **I - Introducción:**

Históricamente, nuestro país ha atravesado diferentes modelos de gobierno, con distintas miradas sobre las políticas públicas del país. En los diversos contextos, la materia migratoria ha ido siendo modificada, teniendo características más inclusivas por momentos y más expulsivas y segregativas por otros.

Sin perjuicio del estudio que haremos de las distintas leyes de migraciones, nos vamos a detener a analizar el Decreto de Necesidad y Urgencia N° 70/17 a la luz no solo de las políticas migratorias allí contempladas, sino también respecto de la utilización de la herramienta del Decreto de Necesidad y Urgencia (en adelante DNU).

En ese sentido, es dable destacar que la figura del DNU en nuestro país –si bien ha sido utilizada con anterioridad– recién fue receptada normativamente en el año 1994 en la reforma constitucional. Esta incorporación, para gran parte de la doctrina fue una herramienta para darles un marco legal y así limitar su uso. Sin perjuicio de ello, tanto la Constitución Nacional (en adelante CN), como la legislación posterior los han reglamentado de una forma un tanto abstracta, lo que devino en un uso discrecional y en algunos casos excesivo.

En esa inteligencia, el desarrollo doctrinario y jurisprudencial ha tomado especial relevancia en algunos ejes del instituto del DNU como identificar cuál era su jerarquía en la pirámide normativa, a que se considera necesidad y urgencia, que se entiende por circunstancias excepcionales que ameriten su dictado, el alcance del control posterior, entre otros.

Por otra parte, es importante tener en cuenta que los derechos de las personas migrantes han sido receptados por distintas normas desde la CN, los Tratados Internacionales de Derechos Humanos con jerarquía constitucional, otros tratados, leyes e incluso han sido fuertemente reconocidos y desarrollados a nivel jurisprudencial.

En este caso en particular, analizaremos el DNU N° 70/17, modificadorio de la Ley de Migraciones N° 25871, desde varios aspectos. Por un lado, desde la perspectiva de las políticas migratorias, desarrollando las modificaciones allí contempladas, y los debates que se generaron por la vulneración de derechos fundamentales, entrando en conflicto

con normas constitucionales y convencionales de derechos humanos y con los distintos derechos y garantías vigentes en la actualidad en nuestro país.

Por otra parte, desde una perspectiva más jurídica y administrativista, abordaremos algunos ejes respecto a la utilización de la herramienta del DNU para llevar a cabo la modificación de la Ley de Migraciones. En ese sentido, identificaremos los conflictos que se han generado respecto de la utilización de la herramienta, del contenido sustancial o material de la norma, la existencia de circunstancias de necesidad y urgencia que ameritaran la utilización de esta figura, y el control posterior por parte del Congreso de la Nación.

Este trabajo, comenzará con un breve análisis de las políticas migratorias en nuestro país y su evolución histórica. Luego, abordará el concepto teórico de DNU a efectos de entender y poder analizar posteriormente el DNU N° 70/17, tanto en forma comparativa con la norma anterior como respecto a los debates constitucionales que se fueron generando. Asimismo, se desarrollará jurisprudencia relevante en el tema y se terminará estudiando la derogación del DNU y el restablecimiento de la norma anterior.

Por último, corresponde destacar que este trabajo intentará demostrar –además de la relevancia de las políticas públicas respecto de la inmigración y su impacto social– lo controversial que deviene la utilización de la figura del DNU para tomar determinadas decisiones, y la falta de cumplimiento por parte del DNU N° 70/17 de gran parte de los requisitos desarrollados normativa, doctrinaria y jurisprudencialmente.

## **II – Políticas Migratorias en Argentina**

En este apartado inicial, comenzaremos realizando un breve análisis sobre la evolución de las distintas políticas migratorias que han tenido lugar en el país y su regulación en nuestro marco normativo, abordando desde la Constitución Nacional hasta distintas leyes y/o decretos que han regido y rigen en la actualidad la materia, como así también la normativa internacional aplicable.

### **II – A) La Constitución Nacional**

En primer lugar, corresponde identificar que podemos definir a las políticas públicas como el entramado de normas que tienen por objeto fomentar, promover, retener, recuperar, restringir, incorporar, integrar o asimilar inmigrantes.<sup>1</sup>

Más allá de las diferentes políticas migratorias que se han desarrollado en nuestro país, el primer y principal eslabón está contemplado en nuestra CN.

Ya desde la norma fundamental de 1853, se dejó en claro que estaba dirigida a “*todos los hombres del mundo que quieran habitar el suelo argentino*”. Ahora bien, en su mismo texto se empezó a marcar una diferencia, cuando en su Art. 25 estableció el fomento a la inmigración europea. Sin perjuicio de las normas que se analizarán, es dable destacar que las políticas de gobierno en general también son de gran incidencia en la aceptación o rechazo por parte de la sociedad a los inmigrantes. Así, vamos a ver que no es la misma la concepción de la inmigración que se tiene hoy de la que la que existía –por ejemplo– en los años de la década del 90. A través de las políticas migratoria, los individuos son clasificados, categorizados, se construyen roles a su alrededor según su situación y el contexto social y normativo.<sup>2</sup>

Volviendo sobre lo normado en nuestra Constitución Nacional, traeremos a colación dos artículos de gran importancia para poder analizar cualquier temática migratoria, y que son un eje a tener en cuenta, a saber;

---

<sup>1</sup>MARMORA, Lelio, “Las políticas de migraciones internacionales”, *OIM/Alianza Editorial*, Buenos Aires, 1997.

<sup>2</sup>MODOLO, Vanina, “La política de expulsión de extranjeros en Argentina. Continuidad o quiebre en la actual Ley de Migraciones”, X Jornadas Argentinas de Estudios de Población, *Asociación de Estudios de Población de la Argentina*, San Fernando del Valle de Catamarca, 2009.

- Artículo 14: *“Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: de trabajar y ejercer toda industria lícita; de navegar y comerciar; de peticionar a las autoridades; de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino; de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa; de usar y disponer de su propiedad; de asociarse con fines útiles; de profesar libremente su culto; de enseñar y aprender”*.

- Artículo 20: *“Los extranjeros gozan en el territorio de la Nación de todos los derechos civiles del ciudadano; pueden ejercer su industria, comercio y profesión; poseer bienes raíces, comprarlos y enajenarlos; navegar los ríos y costas; ejercer libremente su culto; testar y casarse conforme a las leyes. No están obligados a admitir la ciudadanía, ni a pagar contribuciones forzosas extraordinarias. Obtienen nacionalización residiendo dos años continuos en la Nación; pero la autoridad puede acortar este término a favor del que lo solicite, alegando y probando servicios a la República”*.

Estos artículos marcan el criterio que debería tener cualquier otra normativa infraconstitucional, aunque veremos que en algunos casos no está tan claro que así sea. En ese sentido, se observa que se regula un principio de igualdad entre los extranjeros y las personas nacionales, otorgándoles los mismos derechos. Sin perjuicio de ello, corresponde destacar que los derechos no son absolutos, sino que admiten reglamentaciones razonables, con lo cual surge la discusión de que status debería cumplir el extranjero para gozar de las garantías constitucionales mencionadas.<sup>3</sup>

## **II – B) Las leyes**

### **II – B) 1 - Ley “Videla”**

Teniendo la CN como norma suprema, vamos a ver –como ya adelantamos– que la inmigración en nuestro país ha tenido diferentes etapas y perspectivas, tanto desde un panorama social como jurídico. En tal sentido, rigió hasta el año 1981 la Ley Avellaneda N° 817, y luego hasta el año 2003 la Ley General de Migraciones y de Fomento de la Inmigración (Ley N° 22439, conocida como “Ley Videla”), instaurada en plena dictadura militar. Allí, y en el contexto social existente, se

---

<sup>3</sup>ZICAVO, Ma. Florencia, *Régimen Migratorio y de ciudadanía argentina*, El Dial Libros, Buenos Aires, 2022.

contemplaba a la inmigración con una visión amenazante y en consecuencia, se la buscaba limitar.

Según diferentes estudios del Centro de Estudios Legales y Sociales (en adelante CELS), dicha norma tenía políticas restrictivas, de carácter discriminatorio, persecutorio y represivo frente a los inmigrantes, violaba la Constitución Nacional y los tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional. Se desconocía el derecho de los inmigrantes a la igualdad y a la no discriminación y otorgaba a la Dirección Nacional de Migraciones facultades excesivas. Según el Art. 40, ésta última estaba autorizada a controlar el ingreso, egreso, permanencia y ejercer el poder de policía de extranjeros en todo el territorio del país. Asimismo, estaba facultada a allanar aquellos lugares donde se sospechara la presencia de inmigrantes irregulares, detenerlos sin orden judicial y expulsarlos. Por otra parte, la norma contemplaba restricciones o prohibiciones respecto a la educación, al trabajo, a la libre circulación y la ausencia de garantías procesales.

Además, dicha ley regulaba la expulsión de los inmigrantes, tema sobre el que volveremos más adelante y permitía las detenciones administrativas en caso de irregularidad migratoria, sin determinación de la detención ni intervención de la justicia.

La “Ley Videla”, según su art. 95, autorizaba al Ministerio del Interior a expulsar extranjeros cuya actividad afectase la paz social, la seguridad nacional o el orden público en el país o en el extranjero, sin recurso judicial alguno, y solo con recurso administrativo ante el Poder Ejecutivo, también en los casos de extranjeros condenados por delitos dolosos o penas de privación de la libertad mayores de 5 años.

En tal sentido, el Art. 80 regulaba el recurso de apelación que se presentaba frente al Ministerio del Interior aclarando que no existía recurso ulterior. El procedimiento de expulsión se podía presentar tanto en casos de personas que tuviesen la residencia legal y la pierdan como para el caso de aquellas que desde el ingreso no cumplían con los requisitos para permanecer en el país. El análisis doctrinario al respecto interpretaba estos preceptos violatorios de los principios constitucionales, ya que no se respetaba el debido proceso ni el derecho de defensa. Asimismo, el Art. 16 preveía dos supuestos para la cancelación de la residencia permanente, el no cumplimiento de las condiciones exigidas cuando los extranjeros se hayan instalado a partir de una subvención estatal y la ausencia del territorio nacional por un lapso mayor de dos años sin autorización



previa. Por otra parte, el Art. 18 establecía que los residentes temporarios o transitorios eran objeto de expulsión si permanecían más allá del plazo que tenían autorizado. Otros supuestos de expulsión radicaban en los casos de los extranjeros que resultaran condenados por delitos dolosos o penas privativas de libertad de más de 5 años y aquellos que hubiesen tenido una ilegalidad en el ingreso, es decir que no hubiesen pasado por el control migratorio correspondiente. Según el art. 44 el extranjero. no podía reingresar a la República sin expresa autorización del Ministerio de Interior.

En su Artículo 40, permitía la detención mediante resolución fundada a fin de cumplir con la expulsión del extranjero, por el tiempo que sea estrictamente indispensable para hacer efectiva dicha expulsión. Dicho artículo, tal como el resto de la norma, también ha sido ampliamente cuestionado y tachado de inconstitucional, toda vez que en este caso se estaría deteniendo a una persona sin que haya intervenido el Poder Judicial. Esto era incongruente con nuestro sistema normativo, toda vez que nuestro ordenamiento jurídico garantiza la intervención de la justicia para los procedimientos de detención para los casos de delitos, y en este artículo se regulaba una detención por una mera infracción administrativa, con la sola intervención de las autoridades administrativas competentes.

Asimismo, también se preveían otras intervenciones y actividades de la Dirección Nacional de Migraciones y algunas fuerzas auxiliares, sin necesidad de la intervención judicial, como requerir a los extranjeros la acreditación de su situación migratoria, realizar inspecciones de oficio e ingresar a lugares donde presuman que se estaba infraccionando la propia ley.

Como puede observarse, de todo lo regulado por esta normativa, se vislumbraba una tendencia de exclusión, y limitación de derechos a los inmigrantes.

## **II. B) 2- Ley de Migraciones N° 25871**

La existencia de una norma de este estilo fue promoviendo cambios de relevancia, como la reducción de las denuncias por privación del acceso a la salud y a la

educación y la suspensión de expulsiones por cuestiones de irregularidad de ciudadanos provenientes del MERCOSUR.<sup>4</sup>

A partir del Art. 17 que establece que: *“El Estado proveerá lo conducente a la adopción e implementación de medidas tendientes a regularizar la situación migratoria de los extranjeros”*, existieron Planes de Regularización Migratoria, donde muchas personas iniciaron los procedimientos de radicación antes la Dirección Nacional de Migraciones.

Otro de los ejes de esta nueva ley, fue su procedimiento de expulsión que es completamente opuesto al que se preveía en el sistema anterior, y garantiza el acceso a la justicia de los migrantes y el control judicial, lo que implica un control de razonabilidad y legalidad del poder judicial en cualquier decisión tomada por la Dirección Nacional de Migraciones.

Con respecto al régimen de expulsión, muchas de las causales y sus consecuencias fueron modificadas y derogadas con este nuevo régimen. El tema siempre fue objeto de discusión puesto que del análisis del Art. 14 y 20 de la CN ya mencionados arriba, parecería difícil establecer un proceso de expulsión que no pueda ser tachado de inconstitucional, toda vez que la Constitución claramente pretende establecer una equiparación de derechos entre los nacionales y extranjeros. En ese sentido, el constitucionalista Sánchez Viamonte tiene dicho que *“el poder de expulsar a los extranjeros no es un atributo de la soberanía argentina, porque no puede inferirse de ninguna disposición constitucional”*.<sup>5</sup> Solo en la Constitución de 1949 se plasmaba una diferencia toda vez que establecía la regulación de derechos para los extranjeros que entraban al país sin violar las normas.

Con esta nueva ley, y con el fin de cumplir con el debido proceso y el derecho de defensa, se previó la asistencia jurídica gratuita para el caso de las personas que no pudieran afrontar los gastos de un profesional abogado/a. En tal sentido, el Art. 86 prevé que: *“Los extranjeros que se encuentren en territorio nacional y que carezcan de medios económicos, tendrán derecho a asistencia jurídica gratuita en aquellos procedimientos administrativos y judiciales que puedan llevar a la denegación de su entrada, al retorno a su país de origen o a la expulsión del territorio argentino”*.

---

<sup>4</sup>CERIANI CERNADAS, Pablo, “A dos años de la nueva ley de migraciones”, Cap. XV en CELS, Informe 2005 Derechos Humanos en Argentina, *Siglo Veintiuno Editores*, 2005.

<sup>5</sup>SANCHEZ VIAMONTE, Carlos, “Biografía de una Ley Antiargentina: la ley 4144”, *NEAR*, 1956.

Otro de los cambios que trajo la norma, fue la implementación de un régimen distinto en lo que concierne a las tasas. En tal sentido, se previó la posibilidad de presentar un certificado para la eximición del pago de algunas tasas para los trámites de radicación. Este dato es de suma importancia porque en la práctica muchas veces el tema económico era un impedimento para la regularización de los inmigrantes.

Con la Ley de Migraciones sancionada en el año 2004, la perspectiva dio un giro rotundo, la migración fue entendida como un derecho humano y los migrantes como sujetos de derecho. Dicha norma fue el resultado de un gran debate donde tuvieron participación muchas organizaciones sociales avocadas al tema de los derechos de los migrantes.

El propio articulado de la norma deja en claro que el derecho a la migración es esencial e inalienable, y está garantizado de forma igualitaria y universal. Contempla una serie de protecciones a derechos que hace que los inmigrantes y sus familias sean igualmente amparados que los nacionales, y medidas que facilitan su permanencia y acceso al derecho a la salud, educación, trabajo, seguridad social, etc.

Esta ley parece responder a los principios constitucionales, reconociendo amplios derechos a los inmigrantes, cualquiera sea la situación migratoria. Por otra parte, para aquellos cuya permanencia fuera irregular, contempla una serie de derechos y garantías en los procesos de detención y expulsión.

Dentro de los objetivos de la Ley de Migraciones se establecen algunos principios generales que dan fe del espíritu inclusivo de la misma. Entre ellos podemos observar el de dar cumplimiento a los compromisos internacionales del país en materia de derechos humanos e integración; contribuir a lograr políticas demográficas; contribuir al fortalecimiento del tejido cultural y social; garantizar el ejercicio del derecho a la reunificación familiar; promover la inserción e integración social y laboral de los migrantes; asegurar criterios y procedimientos de admisión no discriminatorios; promover y difundir obligaciones, derechos y garantías de los migrantes conforme lo normado en nuestro ordenamiento jurídico.

Es dable identificar, que si bien en el año 2004 se promulgó la Ley de Migraciones, recién en el año 2010 se dictó su decreto reglamentario. Dicha demora produjo ciertos inconvenientes, como la falta de puesta en marcha de algunos mecanismos que preveía

la norma pero no podían llevarse a cabo por faltar detalles operativos. Asimismo, ha dado lugar a que se hayan realizado diferentes interpretaciones del articulado por parte de los organismos públicos.

Por otra parte, podemos observar que este cambio en la normativa tuvo que ver no solo con los cambios sociales y políticos ya expuestos, sino también con el antecedente del caso “De la Torre”, donde una persona uruguaya había sido expulsada del país sin orden judicial ni garantía alguna en el año 1996, después de vivir y trabajar por 24 años. En ese caso, luego de pasar por todas las instancias locales, intervino la Corte Interamericana de Derechos Humanos a instancias de una denuncia realizada por CELS, logrando recién en el 2005 levantar la prohibición de ingreso del extranjero. Este caso para algunos autores, abrió las bases para la sanción de esta nueva ley e implicó un cambio de paradigma en la política migratoria del país.

## **II. C) Tratados internacionales**

El Derecho Internacional reconoce la soberanía de los Estados, quienes en efecto, tienen la atribución de regular el ingreso y egreso de las personas en su territorio. Sin perjuicio de ello, este principio no es absoluto, teniendo como uno de los límites principales, el cumplimiento de los tratados de Derechos Humanos.<sup>6</sup>

Dentro de la materia objeto de estudio –políticas migratorias– en el ámbito regional encontramos diferentes instancias como el Foro Especializado Migratorio del MERCOSUR y Estados Asociados y la Conferencia Suramericana sobre Migraciones. Ambas resultan de gran importancia ya que muchas veces las iniciativas que se presentan allí son parte luego de nuestro marco normativo, y van consolidando consensos políticos en la materia.

Por otra parte, en el ámbito interregional, la Argentina es parte en diferentes foros como en la Red Iberoamericana de Autoridades Migratorias (RIAM), la Comisión de Asuntos Migratorios (CAM) de la Organización de Estados Americanos (OEA) y la Reunión sobre Migraciones de la Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños (CELAC).

---

<sup>6</sup>GUASTI, Luis Alejandro, “El control de convencionalidad de la política migratoria a la luz de la última modificación de la ley 25871”, *El Derecho*, Septiembre de 2017.

Nuestro país, como miembro del MERCOSUR, ha establecido convenios bilaterales y multilaterales con distintos países de la región. Algunos de ellos son los convenios migratorios con Bolivia y Perú en el año 1998, completados a través de protocolos adicionales, y el Acuerdo sobre Residencia para Nacionales de los Estados Partes del Mercosur, Bolivia y Chile en el 2002, cuyo proyecto fue aprobado en la Reunión de Ministros del Interior (creada en 1996), siendo incorporado posteriormente a la actual legislación migratoria. Además participa desde sus comienzos de la Conferencia Sudamericana sobre Migraciones y de la Conferencia Regional de Migraciones en calidad de observador.

A nivel internacional, nuestro país integra el Consejo de la Organización Internacional para las Migraciones de la ONU (OIM), es partícipe del Foro Global de Migración y Desarrollo (FGMD), y ha adherido a varios compromisos, entre ellos la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, al Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular.

A partir de toda la normativa internacional y local, se ha ido desarrollando una noción de ciudadanía comunitaria, donde ya no queda acotada a cada estado sino que busca ir más allá buscando la unión de diferentes países. Se han observado tanto a nivel social como normativo, una expresión de “Patria Grande”, en el marco del cual por ejemplo la Argentina ha desarrollado el Programa Nacional de Normalización Documentaria Migratoria. En tal sentido, el Estado convierte a la regularización migratoria en un eje estructural de sus políticas, jerarquizando la misma.

La cuestión de la regularización migratoria ha sido agenda en todos los momentos históricos, pero con diferentes miradas en cada momento. Por ejemplo, en la década de los noventa tuvieron lugar los convenios firmados con Bolivia y Perú en 1988 y la amnistía de 1992, entre otros, motivados por fundamentos económicos para evitar pérdidas fiscales y tributarias.

En la actualidad, con la incorporación del Acuerdo de Residencia de Estados Partes del MERCOSUR, se estableció un criterio como base para el programa de regularización que tiende a dar fin y solución a todos los problemas que existen en torno a la irregularidad.

Sin perjuicio de la normativa regional e internacional respecto a la inmigración en particular que mencione arriba, existe dentro de nuestra Carta Magna diferentes tratados internacionales a los que se les ha otorgado jerarquía constitucional en el Art. 75 inc. 22.

En tal sentido, nos encontramos con la Declaración Universal de Derechos Humanos, Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación racial, la Convención sobre los derechos del Niño, entre otros.

Dichos instrumentos, van mucho más allá de la cuestión migratoria únicamente, pues responden a los derechos humanos en múltiples facetas. En lo que aquí respecta, son de gran relevancia toda vez que contemplan derechos fundamentales para los inmigrantes, que justamente vienen a entrar en conflicto con el Decreto N° 70/17. En ese sentido, a modo de ejemplo, podemos adelantar que el principio de igualdad que luego estudiaremos, está consagrado en distintos instrumentos como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Y en la misma inteligencia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH), tiene dicho que las políticas migratorias y sus mecanismos de ingreso y egreso deben ser “compatibles con las normas de protección de los derechos humanos establecidas en la Convención Americana” y deben tener presente el respeto por los derechos humanos.

## **II. D) ¿Inclusión o exclusión?**

Tal como plantea María Florencia Zicavo<sup>7</sup>, podemos observar momentos donde los flujos de inmigrantes fueron bien receptados y algunos donde los nativos desplegaron cierto resquemor hacia los inmigrantes. La autora plantea que “...*la ley migratoria siempre es fruto de la concepción político – ideológica...*”.

En tal sentido, del desarrollo de las políticas hasta aquí plasmadas –aún sin entrar al análisis del DNU N° 70/17– podemos observar que esta misma diferencia también se ha desarrollado a nivel normativo y social. Los criterios han oscilado entre entender a los inmigrantes como un problema o como una contribución, teniendo en cuenta muchas características como la raza, origen, idiomas, etc.

---

<sup>7</sup>ZICAVO, Ma. Florencia, *Régimen Migratorio* ... cit. pág. 6.

En las décadas de los 80 y 90, se reforzó mucho la idea a través de los relatos y políticas, de la inmigración como amenaza, promoviendo fuertemente la exclusión y estigmatización. Incluso, se utilizaba la inmigración como excusa o justificación de distintas problemáticas sociales que afrontaba la Argentina en ese momento, que en verdad respondían a distintas medidas económicas y políticas públicas de esa época. Tanto a nivel normativo como social se observaba en ese momento una mirada excluyente y estigmatizante, respecto de la inmigración Latinoamericana.

A partir de la reforma y con nuevas políticas de gobierno y Estado, se empezó a observar del 2001 en adelante algunos cambios en la percepción social de los inmigrantes, empezando a basar la perspectiva en los derechos humanos y la diversidad cultural, viendo a los mismos como un aporte y una necesidad en la economía regional y global.

Las normas y el cambio social van de la mano, siendo siempre congruente su perspectiva. La ley actual prevé incluso dentro de sus objetivos el de promover la integración en la sociedad argentina de los inmigrantes que hayan sido admitidos como residentes permanentes. Esta integración que pretende la ley, no solo se traduce en cambios a nivel normativo, sino que también a nivel social.

Sin perjuicio de ello, sigue habiendo motivo de debates, ya que por ejemplo la norma habla solo de los que han sido admitido como permanentes, dando una categoría donde esta integración se promueve, pero dejando afuera cualquier otro inmigrante que no tenga tal condición.<sup>8</sup>

Las políticas actuales promueven discursos de aceptación, tolerancia, respeto de las diferentes culturas, pero es difícil revertir prejuicios arraigados por tantos años sobre los inmigrantes.

Por otra parte, también el origen del inmigrante define muchísimo su integración en la sociedad argentina ya que no se observa la misma aceptación frente a un europeo que frente a un inmigrante sudamericano. Este fenómeno se observa no solo en este país sino también a nivel mundial. En países como Italia, Francia, Inglaterra por ejemplo, no

---

<sup>8</sup>DOMENECH, Eduardo, “La agenda política sobre migraciones en América del Sur, el caso de argentina”, *Revue Européenne des Migrations Internationales*, 2007, págs. 77- 84.

se recibe de igual forma un inmigrante de otro país europeo que uno sudamericano o de los países africanos y árabes. Y si bien tienen planes para refugiados, su acceso puede ser dificultoso dependiendo del origen.



### **III) La regulación de los Decretos de Necesidad y Urgencia**

En este capítulo, analizaremos el marco teórico de los reglamentos de necesidad y urgencia, para poder identificar los requisitos sustanciales y formales que deben cumplimentar este tipo de normas, y así luego poder analizar el DNU N° 70/17 a partir de estos extremos.

#### **III) A) Referencia Histórica**

En primer lugar, es dable destacar que –como ya mencionamos anteriormente– los decretos de necesidad y urgencia fueron regulados en la Constitución de 1994, pero sin embargo, ya habían sido utilizados con anterioridad, como por ejemplo en la creación del Plan Austral. En nuestro país, antes de la Reforma, estos decretos propiciaban muchos problemas constitucionales, sobre todos en referencia a la legitimidad de tales prácticas. Ello así, ya que no existía norma que los regulase. Sin perjuicio de ello, la habitualidad con que el Presidente recurría a estas herramientas, ya sea por cuestiones de emergencias económicas y sociales, o para zanjar disputas con el Congreso, trajo aparejado otro problema, respecto de su uso abusivo y la falta de control y regulación. En consecuencia, la Convención Constituyente de 1994, decidió conceder al Presidente la atribución de dictar estos decretos, estableciéndole una serie de controles procedimentales y sustantivos, aunque los límites implicados no quedaron muy claramente definidos.<sup>9</sup>

Si bien el espíritu de su regulación era darles un marco que los delimitara, evitando así un uso abusivo y la discrecionalidad del Poder Ejecutivo, esta finalidad no pudo ser materializada. El objetivo que perseguía la regulación constitucional del DNU –al igual que sucedió con los reglamentos delegados– se frustró por defectos de la técnica legislativa y por la forma de interpretar y aplicar la norma de los poderes estatales.<sup>10</sup>

Según la postura del autor Rodolfo Barra, la incorporación de los DNU a la Constitución Nacional, fue un recurso para enfrentar la crisis social. Se colocó al

---

<sup>9</sup>GELLI, María Angélica, “Controles sobre los decretos de necesidad y urgencia. De "Rodríguez" a "Verrocchi". ¿El regreso de "Peralta"?", *LA LEY* 2000-A, 86 - Derecho Constitucional - Doctrinas Esenciales Tomo I, 01/01/2008.

<sup>10</sup>YLARRI, Juan S. y TIMPANARO, Adrián R., “La pauperización del procedimiento de sanción de leyes a propósito del digesto jurídico argentino”, *Erreius on line - Errepar*, Diciembre de 2014, pág. 2.

instituto del DNU como parte del proceso de formación de las leyes, dentro de las competencias del Presidente como “colegislador”. El Poder Ejecutivo, dictando un DNU, fuerza al Congreso a decidir, ya que –como veremos más adelante– ante el silencio del Poder Legislativo, el DNU continuaría en plena vigencia. Según su teoría, en este nuevo régimen a partir del cual se los incorporó en la CN, el Poder Ejecutivo tiene aún mayor libertad que antes para utilizar esta herramienta.<sup>11</sup>

### **III. B) Régimen a partir de la reforma**

La figura del DNU fue incorporada entonces a la Constitución Nacional en la reforma de 1994, en su Art. 99 inc. 3, que dispone lo siguiente:

*“El presidente de la Nación tiene las siguientes atribuciones: 3. Participa de la formación de las leyes con arreglo a la Constitución, las promulga y hace publicar. El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo. Solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes, y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos, podrá dictar decretos por razones de necesidad y urgencia, los que serán decididos en acuerdo general de ministros que deberán refrendarlos, conjuntamente con el jefe de gabinete de ministros. El jefe de gabinete de ministros personalmente y dentro de los diez días someterá la medida a consideración de la Comisión Bicameral Permanente, cuya composición deberá respetar la proporción de las representaciones políticas de cada Cámara. Esta comisión elevará su despacho en un plazo de diez días al plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento, el que de inmediato considerarán las Cámaras. Una ley especial sancionada con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara regulará el trámite y los alcances de la intervención del Congreso”.*

En tal sentido, como principio general entonces, los Constituyentes previeron la prohibición del PE de emitir disposiciones de carácter legislativo. Sin embargo, se previeron estos decretos, con un carácter extraordinario y provisorio, que solo proceden

---

<sup>11</sup>BARRA, Rodolfo, “Decretos de Necesidad y Urgencia. El caso Rodríguez”, *La Ley* 1998 B, 1362.

ante los supuestos de hechos tasados en la CN y que prevén control posterior por parte del Poder Legislativo.

Del análisis del artículo, podemos observar que cuando hablamos de decretos de necesidad y urgencia nos referimos a normas de alcance general que dicta el Poder Ejecutivo sin autorización previa del Congreso, a diferencia de los decretos delegados contemplados en el Art. 76 de la CN. Al igual que aquellos, tienen contenido legislativo; es decir, la materia sobre la cual versan es propia del legislador e integra la competencia de éste. En cambio, los reglamentos de ejecución y los autónomos, por ser su contenido exclusivamente "administrativo", no requieren ni admiten la delegación o ratificación posterior por parte del Poder Legislativo.

En el reglamento delegado el asentimiento del Congreso aparece expresado a priori, a través de la ley que contiene la delegación; en los DNU dicha aprobación es a posteriori; pero en ambos supuestos se requiere la intervención del Congreso.<sup>12</sup>

### **III) C) Requisitos de admisibilidad - Jurisprudencia**

Estos decretos solo deben darse circunstancias excepcionales que hagan imposible el trámite ordinario previsto por la Constitución para la sanción de leyes. Ahora bien, ¿en qué casos se cumple con ese requisito de admisibilidad? Está claro que debe tratarse de una situación de carácter extraordinario o excepcional, o sea, un hecho no habitual, imprevisible o difícilmente previsible. ¿Un estado de emergencia, sería un supuesto válido para dictar un decreto de Necesidad y urgencia? Según el autor Carlos Balbín, por ejemplo, no. El solo hecho de que exista un estado de emergencia no es justificación suficiente, debe evaluarse la imposibilidad de utilizar el procedimiento normal de sanción de las leyes.<sup>13</sup>

Dado lo abstracto del concepto de necesidad y urgencia, y del requisito de admisibilidad de la imposibilidad de utilizar el procedimiento normal de sanción de leyes, la Corte a través de distintos fallos fue estableciendo en que supuestos sería viable. En el fallo

---

<sup>12</sup>MARIENHOFF, Miguel S, *Tratado de Derecho Administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011, t. I, pág. 121.

<sup>13</sup>BALBIN, Carlos F., *Manual Derecho Administrativo*, La Ley, Buenos Aires, 2011, pág. 98.

“Verrochi”<sup>14</sup>, se dispuso que se considera válido para el Poder Ejecutivo dictar DNU en las siguientes hipótesis:

1) cuando sea imposible dictar la ley mediante el trámite ordinario previsto por la Constitución, es decir, cuando las cámaras del Congreso no puedan reunirse por circunstancias de fuerza mayor que lo impidan, como ocurriría en el caso de acciones bélicas o desastres naturales que impidiesen su reunión o el traslado de los legisladores a la Capital Federal; o

2) cuando la situación que requiere solución legislativa sea de una urgencia tal que deba ser solucionada inmediatamente, en un plazo incompatible con el que demanda el trámite normal de las leyes.

En el mismo sentido, se expidió la Corte Suprema en el fallo “Consumidores Argentinos”<sup>15</sup>. Del texto de los mismos, se desprendería que la CSJN previó esas dos situaciones como alternativas, pero sin embargo, parte de la doctrina –entre ellos Carlos Balbín– considera que son dos requisitos concurrentes. En efecto, deberían darse los dos extremos para poder utilizar esta herramienta.

Además, se ha ido desarrollando también como podría definirse que la medida estatal dictada en ese contexto sea necesaria y urgente. En tal sentido, se entiende que es necesario cuando la crisis es de suma gravedad y constituye el único medio institucional idóneo para superar la situación. La necesidad está vinculada con circunstancias extraordinarias, inusuales, imprevistas. Por otro lado, se considera urgente cuando el Estado debe responder de modo súbito o rápido, de modo tal de adoptar de forma inmediata una medida de contenido legislativo. El carácter necesario y urgente supone que el Congreso no pueda intervenir, o que aun interviniendo los tiempos normales tornarían las medidas ineficaces.

Según el autor Marienhoff, el fundamento jurídico de estos reglamentos es el estado de necesidad y urgencia, lo cual constituye una cuestión de hecho. Si ese estado no existiere, el reglamento que se dictare sería nulo, por carecer de “causa”. Precisamente,

---

<sup>14</sup>CSJN, “Verrocchi, Ezio Daniel c/ Poder Ejecutivo Nacional – Administración Nacional de Aduanas s/amparo”, 19/8/1999, Fallos 322:1726.

<sup>15</sup>CSJN, “Consumidores Argentino c/ EN - PEN - Dto. 558/02-SS - ley 20.091 s/ amparo ley 16.986 ”, 19/5/2010, Fallos 333:633.

la inexistencia de esa necesidad y urgencia autorizaría al Congreso a no ratificar o aprobar el decreto respectivo.

Ahora bien, la simple inacción del órgano legislativo no puede justificar este tipo de reglamentos. La imposibilidad legislativa debe ser un hecho objetivo y constatable y no una mera omisión del Congreso. Asimismo, la CSJN tiene dicho que tampoco pueden basarse en criterios de mera conveniencia del Poder Ejecutivo, es decir aquellos que responden a situaciones ajenas a circunstancias extremas de necesidad. En tal sentido, no justifican nunca la decisión de su titular de imponer un derecho excepcional a la Nación en circunstancias que no lo son. El texto de la Constitución Nacional no habilita a elegir discrecionalmente entre la sanción de una ley o la imposición más rápida de ciertos contenidos materiales por medio de un decreto.<sup>16</sup>

Además, algunos autores como Balbín entienden que estos reglamentos solo pueden versar sobre cuestiones imprescindibles e inaplazables para superar el estado excepcional, por lo cual solo deberían ser por un tiempo determinado.

Por otra parte, el constituyente fijó el ámbito material con alcance negativo. En tal sentido, los DNU no pueden versar sobre cuestiones penales, tributarias, electorales y de partidos políticos. Si bien esas son las cuestiones explícitas, la doctrina ha entendido que existen otras limitaciones implícitas. Según el Dr. Barra por ejemplo, existiría limitaciones en el caso de las leyes que requieren para su sanción de una mayoría especial, como es el caso de la Ley Orgánica de la Auditoría General de la Nación o del Consejo de la Magistratura o, con más trascendencia todavía, la necesaria para sancionar la ley declarativa de la necesidad de la reforma de la Constitución, o para otorgarle jerarquía constitucional a determinadas normas del derecho internacional, entre otros supuestos.<sup>17</sup>

### **III. D) Requisitos formales y el control posterior**

En cuanto al aspecto subjetivo, la CN expresa que el órgano competente para el dictado de los DNU es el Presidente, pero debe estar aprobado en acuerdo general de ministros y refrendado por el Jefe de Gabinete de Ministros.

---

<sup>16</sup>CSJN, “Consumidores Argentino c/ EN - PEN - Dto. 558/02-SS - ley 20.091 s/ amparo ley 16.986 ”, 19/5/2010, Fallos 333:633.

<sup>17</sup>BARRA, Rodolfo y LICHT, Miguel, “Los decretos de Necesidad y Urgencia”, *La Ley*, 03/03/2016.

Con respecto al procedimiento, se previó que el Jefe de Gabinete debe elevarlo en el plazo de 10 días a la Comisión Bicameral Permanente. Esta, en un igual plazo debe expedirse acerca de la validez o invalidez del decreto y elevar el dictamen al plenario de cada cámara. Las mismas deberían avocarse a su tratamiento de forma inmediata y expresa.

Uno de los problemas que surgieron, fue que si bien en el año 1994 se realizó la reforma, recién en el año 2006 se creó a través de la Ley N° 26122 la Comisión Bicameral Permanente. En consecuencia, no existía el control posterior del DNU tal cual lo planteaba la CN. Y eso traía aparejada otra cuestión: ¿correspondía que el Poder Judicial los controle cuando se generaba una controversia o no podía entrometerse?

En ese sentido, ha existido diferente jurisprudencia. Por ejemplo, en el caso “Rodríguez”<sup>18</sup>, la CSJN dispuso que al no existir la Comisión Bicameral que preveía la CN, no podían avocarse al control de los DNU. Sin embargo, poco tiempo después, en el ya mencionado fallo “Verrocchi”, decidieron lo contrario, estableciendo que al no existir dicha Comisión correspondía aún un mayor control judicial sobre los mismos.

En el año 2006, a través de la Ley N° 26122, se crea la Comisión Bicameral Permanente y se regula específicamente el alcance del control posterior por parte del Poder Legislativo. En tal sentido, se previó la participación de la Comisión a través de dictámenes y de las Cámaras a través de sendas resoluciones, quienes no pueden realizar enmiendas, agregados, ni supresiones, solo deben aprobar o rechazar el decreto.

Este mecanismo de establecer un régimen de control de la actividad legislativa del presidente, delegando los alcances al Congreso de la Nación, fue objeto de críticas ya que algunos entienden que es desacertado<sup>19</sup>, y que debería ser la propia CN la que regule el límite del Poder Ejecutivo.<sup>20</sup>

Si bien, con el dictado de la Ley N° 26122, se superó la omisión legislativa que tuvo lugar durante más de diez años, ha sido susceptible de algunos reparos y debates respecto de sus criterios y alcances.

---

<sup>18</sup>CSJN, “Rodríguez, Jorge y otros c/ Poder Ejecutivo Nacional”, Año 1997, Fallos 320:2851.

<sup>19</sup>SANTIAGO, Alfonso, VERAMENDI, Enrique y CASTRO VIDELA, Santiago, *El control del Congreso sobre la Actividad Normativa del Poder Ejecutivo*, La Ley, Ciudad de Bs. As, 2019, pág. 44.

<sup>20</sup>MAIRAL, Héctor, “La degradación del derecho público argentino”, en *El derecho administrativo de la emergencia IV*, AA.VV, *Fundación Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 2005, pág 17.

En primer lugar, más allá del control que reguló la ley por parte del Poder Legislativo, el control por parte del Poder Judicial siguió siendo objeto de debates en cuanto a su procedencia y alcance. En tal sentido, la doctrina tiene diferentes posturas.

En la teoría negativa del control por parte del Poder Judicial, se encuentra por ejemplo Marienhoff, que plantea que *“el Poder Judicial carece de potestad y competencia para decidir si, en la especie, han concurrido o no la necesidad y urgencia indispensables para autorizar la emanación del respectivo reglamento: tal valoración –que hace a la prudencia y oportunidad para la emanación de la norma– escapa al conocimiento del Poder Judicial y, en estos casos, corresponde efectuarla al Poder Legislativo”*.

En la misma línea, se encuentra el pensamiento de Barra, según el a través de esta vía del DNU, el Presidente de la Nación fuerza al Congreso a expedirse de una manera rápida acerca de un tema que el propio Presidente califica de "necesidad y urgencia". Esto genera un juego de relaciones institucionales con predominio final del Congreso. Este procedimiento es una parte integrante del diseño constitucional, propio de nuestro ordenamiento jurídico, referido a la "separación de poderes". Es por ello que, no corresponde que el Poder Judicial intervenga prematuramente y considere la calificación presidencial de "necesidad y urgencia" en sustitución del "poder" constitucional de control que, en el punto, es exclusivamente el Congreso.

Para Barra, con el dictado de la Ley N° 26.122, en definitiva, se ratificó que tal valoración política corresponde al Poder Legislativo, mientras que a los jueces les cabe, ante un caso concreto, analizar si el DNU agravia a algún derecho individual o de incidencia colectiva reconocido por la Constitución o los tratados constitucionalizados, o bien avanza sobre las materias prohibidas por el art. 99, inc. 3 de la CN. De modo que la imposibilidad de cumplir con el trámite constitucional es una cuestión que remite a cuestiones de oportunidad, mérito y conveniencia, en este caso de valoración estrictamente política. Tanto es así que la reforma constitucional, al tiempo que permitió al Presidente nuevas formas de participación en la construcción del ordenamiento jurídico, intensificó los mecanismos institucionales de diálogo político. En efecto, el Presidente puede legislar per se, pero debe comunicar inmediatamente su decisión al Congreso.<sup>21</sup>

---

<sup>21</sup>BARRA, Rodolfo y LICHT, Miguel, “Los decretos de cit., pág. 19.

En otra postura, se encuentra el autor Comadira, según su valoración los jueces poseen la atribución constitucional de controlar en plenitud tanto la efectiva existencia fáctica de la situación de "necesidad y urgencia" invocada por el Poder Ejecutivo, como el trámite de su dictado y, por supuesto, la razonabilidad de las medidas adoptadas para regularla.<sup>22</sup>

Otro tema que ha generado debate, es la no imposición de un plazo para que las Cámaras traten el decreto, y se ha debatido sobre el efecto que le da al silencio o desacuerdo entre las mismas. En tal sentido, se prevé que solo cuando las dos Cámaras rechacen el DNU, el mismo perderá vigencia. En consecuencia, parte de la doctrina entiende que, frente al silencio de alguna de ellas, se estaría teniendo por aprobado, en discordancia con el Art. 82 de la CN.

Por otra parte, según el Dr. Barra, la Ley N° 26.122 dispone que el DNU no necesita ser confirmado por el Congreso ni para adquirir ni para conservar su vigencia. Para este autor, no se trata de la existencia de una confirmación tácita, por el mero silencio por un lapso (lo que, sería contrario al art. 82 de la Constitución), sino de los efectos propios del DNU tal como lo diseñó el constituyente: es una norma jurídica vigente hasta tanto no sea derogada, o modificada en su caso, por otra norma de superior o igual jerarquía.

Lo cierto es que de los años que se lleva en vigencia de la ley, no se ha observado una mayor interacción entre el Poder Legislativo y Ejecutivo, ni un control más riguroso. En ese sentido, en su obra "El control del Congreso sobre la actividad normativa del Poder Ejecutivo", los autores analizan que no se han identificado casos en que ambas Cámaras del Congreso rechacen un decreto sometido a control, como así también se observaron que existen una gran cantidad de reglamentos que fueron tratados por la Comisión pero no por las Cámaras.<sup>23</sup>

### **III. E) Jerarquía y vigencia:**

En cuanto a la ubicación de estos reglamentos en la pirámide normativa, si bien fue objeto de discusión históricamente, a partir de la Reforma y de la jurisprudencia más

---

<sup>22</sup>COMADIRA, Julio R., "Los decretos de necesidad y urgencia en la reforma constitucional", *La Ley* 1995-B, 825 y *Curso de Derecho Administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012.

<sup>23</sup>SANTIAGO, Alfonso, VERAMENDI, Enrique y CASTRO VIDELA, Santiago, *El control del Congreso sobre...* cit. pág. 21.



reciente, se considera que están en el mismo lugar que las leyes. Asimismo, se ha expedido la Procuración Nacional del Tesoro, a través de distintos dictámenes. Por ejemplo, en el 230:118 ha dispuesto que: *“Los decretos de necesidad y urgencia tienen valor de leyes en los términos y bajo los alcances previstos por el artículo 99 inciso 3.”*

Por último, en cuanto a su entrada a vigencia, la mayoría de la doctrina entiende que, por tener el valor de las leyes, le rigen los mismos principios. Motivo por el cual, sino dispusieran una fecha específica, entrarían en vigencia a los 8 días de su publicación. Marienhoff, en su tratado manifiesta su discordancia entendiendo que, dada la especialísima razón de ser y fundamento de esos reglamentos, su eficacia y obligatoriedad no debe supeditarse a su previa publicación; deben ser tenidos por obligatorios y eficaces desde su emanación y "eficiente divulgación". Es una postura válida, pero un tanto subjetiva en cuanto a que considerar eficiente divulgación.

Con el dictado de la Ley N° 26122, se definió la vigencia de estos decretos bajo el principio general del Código Civil. Y en el mismo sentido, se ha expedido la PTN en el Dictamen 231:332, disponiendo que los decretos de necesidad y urgencia son medidas de naturaleza legislativa, y que se rigen en cuanto a su publicación cuando no hayan fijado su fecha específica de entrada en vigencia por el principio general de las leyes, es decir ocho días después de su publicación oficial.

#### **IV- El Decreto de Necesidad y Urgencia N° 70/17**

En este apartado, identificaremos los fundamentos que desarrolló el Poder Ejecutivo en el DNU N° 70/17 para su dictado, y mencionaremos las modificaciones de mayor relevancia que se realizaron, haciendo especial mención a la incorporación del Procedimiento Migratorio Especial Sumarísimo.

##### **IV. A) Fundamentos**

Desde el 2003, y hasta el dictado de este decreto, rigió en nuestro país la ya mencionada Ley de Migraciones N° 25871, con una mirada inclusiva e integradora de la inmigración, que concebía a la misma como un derecho humano, y en tal sentido, garantizaba una serie de derechos y garantías.

Asimismo, esa norma tenía su contexto social acorde, donde también la población pasó de tener una percepción negativa de los inmigrantes a una más integradora, entiendo la cultura con una mirada más plural.

Ahora bien, en el año 2015, en nuestro país hubo un cambio de gobierno, y a partir de allí, existieron cambios en las perspectivas y tratamientos que se le dieron a distintas temáticas. La inmigración fue una de ellas, donde se modificó la Ley N° 25871 a través del Decreto N° 70/17.

Sin perjuicio de la percepción y mirada social que podemos observar al respecto, y sin entrar en profundidad en las políticas de gobierno de cada época, vamos a analizar desde una perspectiva jurídica y a la luz de los derechos humanos y constitucionales la dinámica de esta norma específica y sus procedimientos.

Dentro de los fundamentos contenidos en el decreto, observamos que plantea que a partir de la regulación ya vigente y los derechos consagrados, se tornaba necesario ir perfeccionando dicho orden normativo migratorio como resultado de los fenómenos que se iban sucediendo. En tal sentido, habla de la globalización, la internacionalización del turismo y el crecimiento del crimen organizado internacional. El reglamento analiza que es el Estado Nacional quien tiene la prerrogativa soberana de decidir los criterios de admisión y expulsión de los no nacionales y que el ejercicio de dicha potestad debe

hacerse con pleno respeto de los derechos de las personas extranjeras y en forma compatible con las normas de protección de los Derechos Humanos. Más allá de estos enunciados que vemos en los considerandos, observaremos después que mucho de lo que dispone el reglamento, entra en colisión con estos principios.

Por otra parte, el reglamento analiza la cuestión de los plazos en los procedimientos, manifestando que la duración que preveía la Ley de Migraciones traía aparejado una duración de los procesos administrativos y judiciales que atentaban contra el debido proceso y podían acarrear la responsabilidad internacional del Estado. Entendía que el régimen preveía extensiones tan prolongadas que los plazos podían llegar a ser de 400 días hábiles, lo que se traducía en una situación de incertidumbre al migrante respecto de su situación y en una dificultad para la Dirección Nacional de Migraciones en el cumplimiento de su misión de garantizar la aplicación de la ley y promover la seguridad pública.

En virtud de ello, se contempla que la permanencia de los extranjeros con antecedentes delictivos durante el proceso recursivo vigente en la Ley de Migraciones atentaba contra el objetivo de “promover el orden internacional y la justicia, denegando el ingreso y/o la permanencia en el territorio argentino a personas involucradas en actos reprimidos penalmente por nuestra legislación”

Asimismo, analiza las estadísticas de antecedentes penales, expulsiones y población de personas de nacionalidad extranjera bajo custodia del Servicio Penitenciario Federal y menciona formas que se han observado de uso abusivo del instituto de la residencia precaria.

Todo ese análisis, devino en concluir que se encontraba frente a una situación crítica que ameritaba adoptar medidas urgentes. En tal sentido, se planteaba la necesidad de establecer procesos con plazos razonables, definiendo un procedimiento migratorio especial de carácter sumarísimo, aplicable a aquellos casos en los que personas de nacionalidad extranjera se encontraran involucradas en hechos delictivos y a quienes hubieren ingresado en forma clandestina al territorio nacional, eludiendo el control migratorio. Ello en pos de proteger la seguridad y el orden público.

La norma destaca también que el Estado Nacional debe velar por el bien común, y en esa inteligencia, debe regular las políticas migratorias. Es en virtud de ese bien común y

el interés general, que el reglamento entendía necesario tomar medidas, toda vez que se veían afectados por las graves consecuencias que provocan los delitos que merecen, según las leyes argentinas, penas privativas de la libertad.

Por último, y en cuanto a la herramienta utilizada –DNU– se fundamenta en la imposibilidad de seguir los trámites ordinarios previstos en la Constitución Nacional para la sanción de las leyes dada la naturaleza excepcional de la situación planteada, sin dar más justificaciones.

#### **IV. B) Algunas disposiciones sustanciales**

En primer lugar, esta norma mantiene la diferencias entre la categoría de residente permanente, precario o transitorio. Asimismo, regula el régimen de la residencia precaria pero modifica los plazos. Esta categoría es una especie de autorización que concede la Autoridad de Aplicación –Dirección Nacional de Migraciones– hasta tanto se formalice el trámite correspondiente. Se redujeron los plazos de validez de 180 a 90 días, con posibilidad de renovarla hasta la resolución de la admisión solicitada.

Por otra parte, este decreto agrega un artículo –20 bis– donde establece que, en el caso de interposición de recursos administrativos o judiciales contra medidas de declaración de irregularidad, la autoridad de aplicación podrá otorgar un “permiso de permanencia transitoria”, que será revocable por la misma cuando se desnaturalicen los motivos que se tuvieron en cuenta para su otorgamiento. Esta también tiene un plazo de 90 días corridos, pudiendo renovarse hasta la resolución de los recursos interpuestos, habilitando al titular a permanecer en el territorio nacional, estudiar y trabajar en los plazos y términos por los cuales se otorgue, pero nunca habilitará el reingreso.

Respecto de las causas impeditivas del ingreso y permanencia de extranjeros en el territorio del país, el decreto también presentó algunas modificaciones. En tal sentido, el art. 29 agregó quedo redactado de forma tal que contempla las siguientes causales (el destacado es propio):

- La presentación ante la autoridad de documentación nacional o extranjera material o ideológicamente falsa o adulterada, o la omisión de informar sobre la

existencia de antecedentes penales, condenas y/o requerimientos judiciales o de fuerzas de seguridad.

- Tener prohibido el ingreso, haber sido objeto de medidas de expulsión o de prohibición de reingreso, hasta tanto las mismas hayan sido revocadas o se hubiese cumplido el plazo impuesto al efecto;
- *Haber sido condenado o estar cumpliendo condena, o tener antecedentes o condena no firme* este país o en el exterior, por delitos que merezcan según las leyes argentinas penas privativas de libertad;
- *Haber sido condenado o estar cumpliendo condena, o tener antecedentes o condena no firme*, en el país o en el exterior, respecto de delitos de tráfico de armas, de personas, de estupefacientes, de órganos o tejidos, o por lavado de dinero o inversiones en actividades ilícitas;
- Haber incurrido o participado en actos de gobierno o de otro tipo, que constituyan genocidio, crímenes de guerra, actos de terrorismo o delitos de lesa humanidad y de todo otro acto susceptible de ser juzgado por la Corte Penal Internacional;
- *Tener antecedentes* o haber incurrido o haber participado en actividades terroristas o pertenecer a organizaciones nacional o internacionalmente reconocidas como imputadas de acciones susceptibles de ser juzgadas por la Corte Penal Internacional o por la Ley N° 23.077 de Defensa de la Democracia;
- Haber sido condenado en este país o haber incurrido o participado en la promoción o facilitación, con fines de lucro, en el ingreso o la permanencia o en el egreso ilegal de extranjeros en el territorio nacional;
- Haber sido condenado en este país o *tener antecedentes* por haber presentado documentación material o ideológicamente falsa, para obtener para sí o para un tercero un beneficio migratorio;
- Promover la prostitución; lucrar con ello; haber sido condenado o haber incurrido o participado, en este país o en el exterior en la promoción de la prostitución, por lucrar con ello o por desarrollar actividades relacionadas con el tráfico o la explotación sexual de personas;
- Haber sido condenado o *tener antecedentes*, en este país y/o en el exterior, respecto de determinados delitos de corrupción.
- Intentar ingresar o haber ingresado al territorio nacional eludiendo los controles migratorios, o por lugar o en horario no habilitados al efecto;

- La constatación de la existencia de alguno de los impedimentos de radicación establecidos en la ley;
- El incumplimiento de los requisitos exigidos por la ley.

De lo expuesto, se observa que han existido algunas modificaciones respecto la ley anterior, como agregar la causal de omisión de informar sobre la existencia de antecedentes penales, condenas o requerimientos. Pero como dato no menor y muy importante, en algunos incisos se agregó la leyenda "...o tener antecedentes o condena no firme..." o solo "tener antecedentes". Esto tiene grandes implicancias a nivel práctico, ya que antes el impedimento era solo para los que hubieran sido condenados o estuviesen cumpliendo condena. En esa inteligencia, observamos que se ha ampliado mucho el alcance de los impedimentos puesto que aplica para el mero antecedente o condena no firme.<sup>24</sup>

Excepcionalmente, la norma preveía que se podían admitir en el país por algunas razones humanitarias o de reunificación familiar a los extranjeros con determinados impedimentos de los mencionados. El decreto, incluyó una excepción más que tiene que ver con los extranjeros que hubieran tomado conocimiento y brinden información o datos verosímiles vinculados a la comisión de delitos contra el orden migratorio.<sup>25</sup>

Otra de las modificaciones tiene que ver con el domicilio constituido. Mientras la norma preveía solo que los extranjeros debían mantenerlo actualizado (en el plazo de 3 días en el expediente de sus tramitaciones según el decreto reglamentario), el decreto determina que se considera domicilio constituido y por ende se considerarán válidas las notificaciones allí enviadas, al que es informado al momento del ingreso al territorio nacional, el constituido en las actas labradas en el marco de inspecciones migratorias o

---

<sup>24</sup>A los efectos de los incisos c), d), h) y j), entiéndase por antecedentes a todo auto de procesamiento firme, cierre de la investigación preparatoria o acto procesal equiparable. El PODER JUDICIAL y el MINISTERIO PÚBLICO FISCAL deberán notificar a la DIRECCIÓN NACIONAL DE MIGRACIONES de todo auto de procesamiento firme, cierre de la investigación preparatoria o acto procesal equiparable y de toda condena por delito penal dictada contra un extranjero en el plazo de CINCO (5) días hábiles de producido. El incumplimiento será considerado falta grave en los términos del artículo 14, inciso "A", apartado 7), de la Ley N° 24.937 (T.O. 1999) y sus modificatorias.

<sup>25</sup>La admisión o permanencia excepcional también podrá ser concedida a los extranjeros que brinden en sede judicial información o datos precisos, comprobables y verosímiles vinculados a la comisión de alguno de los delitos contra el orden migratorio de los cuales hubiera tomado conocimiento en calidad de sujeto pasivo. Para la procedencia de esta dispensa será necesario que los datos o información aportada contribuyan a evitar o impedir el comienzo, la ejecución o consumación de un delito; a esclarecer el hecho objeto de investigación u otros conexos; a revelar la identidad o el paradero de autores, coautores, instigadores o partícipes de estos hechos o de otros conexos; a proporcionar datos suficientes que permitan un significativo avance de la investigación; o a averiguar el destino de los instrumentos, bienes, efectos, productos o ganancias del delito

el denunciado en los trámites de residencia o ante el Registro Nacional de las Personas. Estipula la obligación de constituir domicilio en toda presentación efectuada ante autoridades migratorias y que se considerará válida la notificación cursada al último domicilio constituido.

Para el caso de no haber constituido domicilio o el declarado no existiese, el decreto prevé que los actos emitidos por la Dirección Nacional de Migraciones se tendrán por notificados de pleno derecho, en el término de dos días hábiles, desde el momento de su emisión, quedando los mismos disponibles en la mesa de entradas de la citada Dirección Nacional. Por último, establece la autorización del uso de queda autorizado el uso de medios electrónicos para la realización de todo trámite migratorio, así como para las notificaciones.

Por otra parte, también el decreto modifica algunas cuestiones respecto de la ilegalidad y cancelación de permanencia. En tal sentido, agregó algunas causales de cancelación de la residencia como la omisión informar sobre la existencia de antecedentes penales, condenas y/o requerimientos judiciales o de fuerzas de seguridad; el caso de las condenas no firmes en determinados delitos.

Asimismo, el decreto agrega que en los casos en que sobre el extranjero recayere sentencia condenatoria firme en la Argentina, la misma operará automáticamente cancelando la residencia cualquiera fuese su antigüedad, categoría o causa de la admisión y llevará implícita la expulsión, que se tramitará por un proceso sumarísimo que veremos luego. Además, se agrega el deber de comunicar la cancelación de residencias al Registro Nacional de Las Personas, a la Administración Nacional de Seguridad Social, al Registro Nacional de Reincidencia y a los Poderes judiciales competentes. Por otra parte, también se establece el deber de que el Poder Judicial y el Ministerio Público Fiscal notifiquen a la Dirección Nacional de Migraciones de cualquier auto de procesamiento firme, cierre de investigación preparatoria o acto procesal equiparable y de toda condena penal dictada contra un extranjero. Además, previó que las dispensas a los impedimentos y cancelaciones, solo pueden ser otorgadas por la Dirección Nacional de Migraciones, quitándole así la facultad al Poder Judicial.

Respecto de las cancelaciones de residencia, el decreto modificó algunos plazos, dejando la prohibición de ingreso de cinco años para algunos casos, y extendiéndolo a ocho años para el caso de comisión de delitos dolosos. Por último, prevé la hipótesis

para determinados casos y por única vez de que el extranjero se avenga a la medida de expulsión dentro de los diez días de notificada la misma, el acto administrativo quedará firme y la prohibición de reingreso será por un año, debiendo concretarse la medida en un plazo de siete días.

#### **IV. B) 1 – El Procedimiento Migratorio Especial Sumarísimo**

Ahora bien, merece especial atención este nuevo procedimiento, que no estaba regulado en la Ley de Migraciones y cuyas disposiciones establecen diferencias importantes, que pueden afectar de varios modos el derecho de defensa y otros derechos constitucionales, como desarrollaremos más adelante.

En primer lugar se modificó el Art. 69, definiendo que para determinados casos se iba a aplicar este procedimiento sumarísimo. Más allá de la enunciación que realiza el texto sobre en qué casos sería de aplicación, se observa que sería para casi todos los casos posibles, toda vez que incluye la mayoría de los incisos del Artículo 29 y 62, y además, prevé que puede aplicarse aunque no se encuentre el caso entre esos incisos pero implique gravedad institucional. En esa inteligencia, se observa que si bien se inicia con una enumeración más bien taxativa de hipótesis, lo que devendría en una competencia reglada de la autoridad, termina concluyendo en una competencia discrecional toda vez que la autoridad deberá evaluar si el caso representa gravedad institucional, situación que seguramente sea fácil de encontrar en esta temática.

Asimismo, el decreto prevé que los plazos que se establecen en este apartado son improrrogables.

Luego de esa enunciación, se agregaron 11 artículos más, agregados al 69 a efectos de detallar plazos, cuestiones procedimentales, y alcances de dicho procedimiento sumarísimo.

En ese sentido, comienza estableciendo que el inicio del procedimiento sumarial puede ser contemporáneo al pedido de retención a efectos de asegurar la medida de expulsión. Y prevé, que la retención preventiva puede ser pedida en todo momento del procedimiento administrativo o del proceso judicial.



Con respecto a la solicitud de prueba testimonial o informativa, prevé que deben versar sobre hechos concretos y específicos, con relación a la situación migratoria del extranjero y su encuadre legal. Asimismo, plantea que los pedidos de informes o remisión de expedientes deben ser satisfechos, detallando distintos plazos según el caso que se tratare, estableciendo que el atraso injustificado de las respuestas dará lugar a sanciones disciplinarias.

El decreto establece también la posibilidad de tomar vista del expediente por parte del interesado, aún en el procedimiento sumarísimo. En tal sentido, dispone que se debe solicitar de la forma que prevea la autoridad de aplicación y se otorgará por tres días hábiles, siendo notificada de pleno derecho. Este pedido de vista suspende los plazos para interponer recursos por única vez, es decir que podemos interpretar que es viable solicitar más de una vista, pero solo una de ellas suspenderá los plazos.

En cuanto a recursos, el reglamento establece que dentro del procedimiento sumarísimo, una vez dispuesta la expulsión de un extranjero del territorio nacional, el mismo puede interponer recurso jerárquico en un plazo improrrogable de tres días hábiles desde su notificación. Este recurso deber resolverlo el Director Nacional de Migraciones y una vez resuelto, se tiene por agotada la vía administrativa. Cuando la expulsión del extranjero se encuentra firme, la Dirección Nacional de Migraciones procederá a la solicitud de retención.

Si se hubiese interpuesto recurso jerárquico, y en consecuencia agotado la vía, el interesado podrá interponer un recurso judicial en un plazo de tres días hábiles desde su notificación. Este recurso debe presentarse por escrito, fundado y con patrocinio letrado ante la Dirección Nacional de Migraciones. Ésta última, debe remitir las actuaciones en tres días hábiles al juez federal competente, junto con un informe sobre la procedencia de habilitación de instancia, antecedentes y fundamentos de la medida objeto de impugnación.

El juez debe en primer lugar, dar vista al fiscal para que en un plazo de dos días se expida sobre la habilitación de instancia, y el juez resolverá sobre la misma en el plazo de un día. El juez debe rechazar “in limine” el recurso, si este no cumpliera con los requisitos mencionados.

El juez debe resolver el recurso en el plazo de 3 días, y la sentencia debe resolver sobre la expulsión y retención.

Asimismo, se prevé que no aplica al Procedimiento Migratorio Especial Sumarísimo, la comunicación que establece la Ley N° 25344 en su Art. 6 y 8, esta es la suspensión de los plazos procesales hasta que se comunique a la Procuración del Tesoro de La Nación la existencia de cada juicio contra la Administración y la remisión por oficio de la copia de la demanda, con la prueba documental, a efectos de que se expida sobre la procedencia y competencia del tribunal.

Cuando una medida de expulsión es recurrida, pero no se hubiese dictado una retención preventiva, la Dirección Nacional de Migraciones puede solicitar que el juez también se expida accesoriamente sobre la retención. Es decir que no es necesario iniciar un expediente judicial de retención independiente del proceso recursivo judicial.

Respecto de la resolución del juez, procede el recurso de apelación ante la Cámara Federal Correspondiente. El interesado podrá interponerlo de forma fundada en un plazo de tres días hábiles desde su notificación, ante el juez de primera instancia, quien también dispone de tres días hábiles para su elevación. La Cámara Federal debe expedirse en un plazo de tres días.

Una vez dictada sentencia por la Cámara Federal, si estuviese firme o se hubiese denegado recurso extraordinario federal, la Dirección Nacional de Migraciones – si corresponde – debe ejecutar la medida de expulsión sin más trámite.

El decreto, como vimos, no prevé otros recursos administrativos que no sean el jerárquico, estableciendo específicamente que en este procedimiento sumarial no proceden los recursos de reconsideración ni de alzada.

Por último, el reglamento establece que para los casos no previstos en la norma, será de aplicación supletoria las disposiciones del proceso sumarísimo previsto en el artículo 498 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

Luego, se establecen algunas otras modificaciones, disponiendo entre ellas que una vez que está firme la expulsión, la Dirección Nacional de Migraciones debe solicitar a la autoridad judicial que se ordene la retención, y prevé la posibilidad de que como

excepción se pueda solicitar la retención preventiva aun cuando la orden de expulsión no se encontrara firme cuando las características del caso lo justifiquen.<sup>26</sup>

Para el caso de medidas expulsivas firmes, se establece un plazo de retención de treinta días corridos para materializar la expulsión, prorrogable por disposición judicial por otros treinta. Cuando la medida expulsiva no se encontrará firme, por haber el interesado recurrido la misma, el plazo de retención será el necesario para materializar la expulsión hasta que se haya agotado la vía recursiva.

Se establece asimismo, la suspensión del cómputo de plazo de retención ante acciones o procesos recursivos hasta su resolución definitiva.

Si el retenido alegara ser progenitor de argentino nativo menor de edad o con discapacidad, la DNM debe suspender por dos días la ejecución de la expulsión, para corroborar la información y decidir se otorga la dispensa pertinente.

El reglamento establece siempre que el tiempo de retención debe ser el indispensable para hacer efectiva la expulsión del extranjero, aunque el carácter de indispensable es también una facultad discrecional de la autoridad.

Asimismo, dispone que, en todos los casos de materialización de la retención, se debe dar inmediato conocimiento al juzgado federal que hubiera dictado la orden y se detallará la ubicación de su alojamiento y la fuerza de seguridad que participa.

El Art. 98 de la Ley de Migraciones define la competencia para entender en estos casos a los Juzgados Nacionales de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal o Juzgados Federales del interior del país, hasta tanto existiese un fuero propio. El decreto establece que para el caso de las retenciones preventivas o aquellas de gravedad institucional, la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal o las Cámaras Federales con asiento en las provincias, deben designar un juzgado de turno que resuelva la procedencia y concesión de las retenciones en un plazo máximo de seis horas, también previendo que esto aplica hasta que se instrumente el fuero migratorio especial.

---

<sup>26</sup>Art. 70: "...Excepcionalmente cuando las características del caso lo justificaren, la DIRECCIÓN NACIONAL DE MIGRACIONES podrá solicitar a la autoridad judicial la retención preventiva del extranjero aun cuando la orden de expulsión no se encuentre firme, en virtud de las circunstancias particulares de hecho y de derecho en el caso concreto..."

En la ley no se contemplaba proceso sumarísimo alguno, y se regulaba en el Art. 74 la posibilidad de solicitar la revisión en sede administrativa y judicial, frente a actos definitivos, asimilables o interlocutorios de mero trámite que lesionaban derechos subjetivos o intereses legítimos respecto de denegaciones de admisión o permanencia, cancelación de residencias, expulsiones o aplicación de multas. El decreto incorpora el desistimiento de la vía administrativa o judicial cuando el extranjero estuviese fuera del territorio argentino por sesenta días corridos y continuos.

Por otra parte, mientras la ley preveía la suspensión de la ejecución de las medidas cuando se hubiese solicitado la revisión de la misma, hasta que quedara firme, el decreto estipula la suspensión solo para casos determinados.

El Art. 86 de la Ley establecía la posibilidad de que los extranjeros que no cuentan con medios económicos y estén en el país, accedan a la asistencia jurídica gratuita en aquellos procedimientos administrativos y judiciales que puedan llevar a la denegación de su entrada, retorno a su país o expulsión del territorio y el derecho a la asistencia de un intérprete si no hablan el idioma oficial. El decreto también contempla este derecho, pero estipula que ante la solicitud de la asistencia jurídica gratuita ante la autoridad administrativa, la Dirección Nacional de Migraciones debe notificar al defensor público oficial para que en el plazo de tres días hábiles tome intervención, disponiendo que se debe transcribir en forma textual el artículo en cualquier decisión de la Dirección Nacional de Migraciones, que pueda afectar sus derechos.

Según lo establecido en la ley, el recurso judicial que se preveía se limitaba al control de legalidad, debido proceso y razonabilidad del acto motivo de impugnación. El decreto hizo extensivo esta disposición al procedimiento sumarísimo, y estableció que el juez puede ordenar pruebas ofrecidas y denegadas en sede administrativas, pero el plazo no podrá exceder los veinte días hábiles.

El Decreto N° 70/10 derogó completamente, la facultad del Ministerio del Interior y Dirección Nacional de Migraciones, ya sea de oficio o a pedido de parte, de rever sus resoluciones y las de las autoridades que actúen por delegación.

## **V – Análisis comparativo de la Ley de Migraciones N° 25871 y el Decreto de Necesidad y Urgencia N° 70/17**

Ahora bien, a partir del análisis ya realizado sobre las políticas migratorias y el DNU N° 70/17, en este capítulo identificaremos las modificaciones sustanciales que significó el dictado del mencionado decreto, comparándolo así con el régimen de la ley anterior, tanto desde una perspectiva material o sustancial, como respecto de las cuestiones de forma que se vieron modificadas, derogadas o agregadas.

Como vimos anteriormente, la Ley de Migraciones vino a cambiar la perspectiva que se tenía respecto de la inmigración en ese momento, dejando sin efecto la “Ley Videla” y promoviendo el acceso igualitario a los derechos sin tener en cuenta su situación migratoria. Esta norma reconoce el derecho a la inmigración como esencial e inalienable, la atraviesa un principio de igualdad y sigue estándares internacionales en materia de derechos humanos.<sup>27</sup>

En tal sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ha dicho que la ley es “reconocida nacional e internacionalmente como una pieza normativa modelo que regula todo lo concerniente a la política migratoria y a los derechos y obligaciones de los extranjeros que viven en el país”.

La Ley de Migraciones establece procesos de expulsión con procedimientos y causas establecidas, previendo la intervención y decisión judicial, garantizando la asistencia letrada entre otros derechos. Contempla al extranjero como un sujeto con derechos y garantías y lo protege frente a determinadas prácticas que se daban con regímenes anteriores y que luego lo volvimos a encontrar con el DNU N° 70/17.

Sin perjuicio de ello, también la norma ha sido objeto de debates en tanto a veces se observa en su articulado una desigualdad en las situaciones de extranjeros respecto de los argentinos. Por ejemplo se contempla en causales de expulsión a los procesados, afectando el principio de inocencia que rige nuestro orden jurídico. También se prevé

---

<sup>27</sup>GONZALEZ SAN JUAN, María Lourdes, “Expulsión en el extranjero por razones penales en el régimen argentino”, *Revista Pensar en Derecho N°19*, EUDEBA, UBA, 2021 (disponible en <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/19/expulsion-del-extranjero-por-razones-penales-en-el-regimen-argentino.pdf> Consulta el 12-12-22)

que los extranjeros procesados con orden de expulsión firme y consentida no pueden gozar del beneficio de la suspensión de juicio a prueba.

Ahora bien, el DNU N° 70/17, trajo modificaciones sustanciales a la Ley de Migraciones, cambiando la concepción de la inmigración y considerándola parte del “Plan de Emergencia de la Seguridad Pública”. Se intentó reducir el fenómeno de la inmigración como un debate sobre la seguridad, y se planteó el cambio normativo como una necesidad de tomar medidas frente a los hechos de criminalidad organizada y narcocriminalidad, asociando de algún modo a los inmigrantes con la delincuencia.

En el apartado anterior ya observamos las modificaciones que impuso, pero ahora veremos en que se traducen esos cambios y como afecta a los derechos y garantías constitucionales. Hemos visto que el DNU agrego impedimentos de ingreso y permanencia, eliminó en algunos casos la unidad familiar como excepción a la expulsión, restringió el acceso a la nacionalidad argentina, entre otras cosas.

Se observa a lo largo del articulado una amplia limitación de garantías procesales y se identifican distintas situaciones que afectan el derecho de defensa de los extranjeros, poniendo en jaque el concepto de igualdad que rige en nuestro ordenamiento jurídico.

Una modificación sustancial fue el cambio frente a algunos supuestos, como los impedimentos de ingreso y permanencia, de la hipótesis de la condena. Mientras en la Ley de Migraciones se habla de estar cumpliendo condena o haber sido condenado por determinados delitos, en el DNU N° 70/17 se incorpora la situación de tener condena no firme o tener antecedentes y se amplían los delitos especificados.

Ahora bien, sin perjuicio de los delitos contemplados, corresponde analizar profundamente el cambio radical en el alcance del artículo, al estipular ya no solo la condena sino también el “tener antecedente o condena no firme”, entendiendo por antecedente a todo auto de procesamiento firme, cierre de la investigación preparatoria o acto procesal equiparable. En efecto, un extranjero con una causa penal de delitos con penas privativas de la libertad, donde solo hubo un cierre de la IPP, o un auto de procesamiento, se vería alcanzado por el impedimento de ingreso o permanencia del Art. 29. Esto no solo atenta contra el principio de igualdad, sino también contra el principio de inocencia contemplado en nuestra Carta Magna. Por otra parte, también es dable destacar que mientras en la Ley de Migraciones se estipulaban delitos graves

como causales de impedimentos, la ampliación fue a cualquier delito con pena privativa de libertad. Esto deviene en que incluso frente a algunas situaciones de contravenciones y solo con un antecedente se podría estar frente al impedimento del Art. 29. Asimismo, en cuanto a las expulsiones también se amplió, contemplando los casos de condenas no firmes.

El DNU prevé otras modificaciones que recaen sobre los derechos de los extranjeros, limitándolos y retrocediendo en cuanto a la situación que contemplaba la Ley de Migraciones.

En ese sentido, se acotaron las posibilidades de las excepciones por reunificación familiar o razones humanitarias y se dispuso solo a la Dirección Nacional de Migraciones como competente para otorgar esa dispensa, excluyendo la posibilidad de intervención del Poder Judicial.

#### **V. A) El procedimiento especial sumarísimo**

Especial atención merece el procedimiento sumarial sumarísimo que agrego el DNU N° 70/17, que vino a incorporar una nueva herramienta muy distinta al espíritu de la Ley de Migraciones. En ésta última, se contemplaba para muchas situaciones un control judicial que implicaba que las decisiones administrativas no se ejecuten en forma inmediata. Esto fue modificado por el decreto, otorgándole el poder de las decisiones a la Dirección Nacional de Migraciones.

Asimismo, se modificaron los plazos en distintas hipótesis. Si bien puede parecer que esto responda solo a cuestiones de forma y procedimiento, ante un análisis más detenido es fácil observar que puede repercutir sustancialmente en el derecho de defensa de los extranjeros.

Ello así, toda vez que por ejemplo frente a la expulsión de un extranjero, este va a tener solo tres días hábiles desde su notificación para recurrirlo. Es decir que una vez recibida la notificación, solo tiene 72 hs. para poder asesorarse, requerir asistencia letrada, ofrecer la prueba si fuera necesario. Esto ya puede ser algo dificultoso para un nacional, podría ser incluso más grave para un extranjero que muchas veces cuenta con menos herramientas. Imponer un plazo tan corto puede coartar su derecho de defensa y no se observa fundamento que amerite que frente a una medida tan importante como ser una

expulsión se dispongan plazos más cortos que para cualquier otro acto administrativo. La problemática de la demora de los procesos, entendemos que no radica en darle un día más o menos al extranjero para realizar su defensa sino muchas veces en las demoras en la Administración o Poder Judicial para dar trámite. Este recurso es resuelto por el Director Nacional de Migraciones, siendo la única opción de impugnación en sede administrativa, toda vez que el decreto derogó las opciones del recurso de reconsideración y de alzada.

Por otra parte, se limitó el pedido de vista, estableciendo que se otorga por tres días hábiles, y solo por única vez va a suspender los plazos para interponer recursos. Si bien las tomas de vista muchas veces son usadas con fines dilatorios, entendemos que establecerla de forma tan limitada es una arbitrariedad y una forma de vulnerar la defensa de los extranjeros.

En el marco de este procedimiento sumarísimo, se estableció que una vez agotada la instancia administrativa, con el recurso jerárquico, se puede interponer un recurso judicial. Este instrumento también fue contemplado en un plazo de tres días hábiles desde la notificación, situación que es muy limitada y puede vulnerar el derecho de defensa. El decreto establece que el recurso debe ser presentado por escrito, fundado y con patrocinio letrado, situación que sería muy complicado que se pueda hacer de forma correcta contando con tan poco tiempo. También se prevé el breve plazo de tres días hábiles desde la notificación, para proceder al recurso de apelación ante la Cámara Federal contra las resoluciones del juez.

Otra circunstancia que podría afectar gravemente el derecho de los migrantes es respecto de las detenciones en ausencia de orden firme de expulsión. En ese sentido, el DNU prevé que cuando exista una medida expulsiva no firme, la retención será por el tiempo necesario para materializar la expulsión hasta que se encuentren agotadas las vías recursivas y también que las acciones o procesos recursivos suspenden el cómputo del plazo de retención hasta su resolución definitiva. Estas disposiciones podrían disuadir a las personas migrantes a ejercer su derecho de defensa y a obtener una tutela judicial efectiva, ya que si la persona extranjera recurre una orden de expulsión – ejerciendo su legítimo derecho– se puede prolongar su detención. Es decir, que podría considerarse una extorsión toda vez que la persona puede ser detenida al inicio de un procedimiento, y el plazo de la detención puede ser el que demore la orden de expulsión



en quedar firme, entonces cualquier recurso que interponga implica prolongar su detención.<sup>28</sup>

### **V. B) La asistencia jurídica gratuita**

Otro eje circunstancial de modificación, es respecto de la asistencia jurídica gratuita de los migrantes. En su redacción original el Art. 86 de la Ley de Migraciones<sup>29</sup>, preveía ese derecho, y a través de la reglamentación por el DNU N° 616/2010, se establecía a la Comisión del Migrante de la Defensoría General de la Nación como encargada de la función de prestar asistencia jurídica gratuita a los migrantes en los procesos administrativos de expulsión. Ahora bien, a partir del DNU N° 70/17, se ha dispuesto que para proceder a tal asistencia, el migrante deberá solicitarla ante la autoridad administrativa, acreditar la carencia de medios económicos, y allí la Dirección Nacional de Migraciones notificará al defensor público para que tome intervención. Se agrega también, que si no es solicitada la asistencia jurídica gratuita o no se acredita fehacientemente de la falta de medios económicos, se continuará con las actuaciones administrativas sin más trámite.

De lo expuesto, se observa que este DNU atribuye a la Dirección Nacional de Migraciones la potestad de decidir acerca de la situación respecto de los medios económicos del migrante y, por consiguiente, de habilitar el acceso a la defensa jurídica gratuita. Esta medida es podría tornarse violatoria del acceso a la asistencia, situación que ya había sido cuestionada –incluso de forma previa al Decreto N° 70/10 por la Procuración Penitenciaria– por entender que la DNM tiende a obstruir el acceso a los migrantes a la asistencia jurídica. Hay que tener en cuenta que un extranjero, está en un lugar ajeno a su país, puede incluso ni hablar el idioma español, y entonces pueden no contar con información sobre nuestro sistema jurídico y sus derechos. Con lo cual sería más importante aún, que el Estado de una respuesta que garantice sus derechos y no los restrinja.

---

<sup>28</sup>MONCLUS MASO, Marta, “La reforma de la Ley de migraciones mediante Decreto de Necesidad y Urgencia: un retroceso en la política de derechos humanos”, *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, Volumen 18, 2017.

<sup>29</sup>Art. 86 Ley de Migraciones: “Los extranjeros que se encuentren en territorio nacional y que carezcan de medios económicos, tendrán derecho a asistencia jurídica gratuita en aquellos procedimientos administrativos y judiciales que puedan llevar a la denegación de su entrada, al retorno a su país de origen o a la expulsión del territorio argentino. Además tendrán derecho a la asistencia de intérprete/s si no comprenden o hablan el idioma oficial. Las reglamentaciones a la presente, que en su caso se dicten, deberán resguardar el ejercicio del Derecho Constitucional de defensa”.

### **V. C) Fundamentos y objetivos de la norma**

Como se observa, si bien en teoría se buscaba solo agilizar los procedimientos migratorios, en la práctica esto se tradujo en reducir plazos, herramientas y recursos a los extranjeros para poder ejercer su derecho de defensa ante determinadas situaciones, dificultando su ingreso y facilitando mecanismos de expulsión.

Asimismo, no podemos dejar de destacar, que el grupo que se encontraba afectado con el DNU es un sector vulnerable. En ese sentido, según las Reglas de Brasilia<sup>30</sup> “se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico”. Entendiendo también de forma específica que la migración puede constituir una causa de vulnerabilidad.

En esa inteligencia, la Comisión de Derechos Humanos en las Naciones Unidas tiene dicho que los migrantes a menudo se encuentran en situación de vulnerabilidad, “...debido, entre otras cosas, a que no viven en sus Estados de origen y a las dificultades que afrontan a causa de la diferencia de idioma, costumbres y culturas, así como las dificultades económicas y sociales...”

Este DNU afectó entonces los derechos de un sector vulnerable –migrantes– limitando los derechos de acceso a la justicia, defensa, debido proceso e igualdad. En consecuencia, entendemos que este reglamento fue violatorio de principios y garantías consagradas tanto en la Constitución Nacional como en los tratados internacionales, motivo por el cual dicho decreto puede ser tachado de inconstitucional, como ha sucedido jurisprudencialmente y desarrollaremos en otro apartado. Se ha sostenido que a nivel social esa modificación no ha sido gratuita, hubo un cambio de paradigma en tanto se vuelve a asociar a la inmigración con la delincuencia, criminalidad y en consecuencia, a tomar despectivamente, promoviendo la exclusión y discriminación.<sup>31</sup>

---

<sup>30</sup>IVX Cumbre Judicial Iberoamericana, “100 Reglas Brasilia sobre el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad”, Marzo 2008 (disponible en <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2009/7037.pdf> Consulta el 08/03/23)

<sup>31</sup>GONZALEZ SAN JUAN, *Expulsión del extranjero...* cit. pág. 34

Por otra parte, el propio decreto plantea que era necesario promover un cambio en las políticas públicas respecto a la inmigración dado el incremento de los presos extranjeros en cárceles federales y la incidencia de éstos en los detenidos por delitos de drogas, para lo cual habla de “narcocriminalidad”, lo que identifica entre los inmigrantes y el crimen, promoviendo discursos xenófobos y estigmatizantes. En ese sentido, dichos extremos tampoco encuentran fundamento en las cifras reales, ya que no existe información oficial que avale dicha relación.

Es por ello, que además de todos los casos que han llegado a la justicia, muchas organizaciones de derechos humanos se han expedido y han solicitado en reiteradas oportunidades la derogación del decreto, por considerar que vulneraba derechos humanos y principios rectores amparados en la CN tratados internacionales.

En tal sentido, por ejemplo el Comité de Protección de los Derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares y el Comité de los Derechos del Niño expresaron su inquietud respecto del decreto e instaron al Estado Nacional a derogarlo. Asimismo, el Comité contra la Tortura de Naciones Unidas se ha expedido sobre el tema en las observaciones finales en el año 2017 por entender que este decreto derogaba garantías consagradas en la Ley de Migraciones e introducía “un procedimiento de expulsión de migrantes sumarásimmo que reduce drásticamente los plazos para recurrir...”. En ese sentido, el Comité manifestó su preocupación respecto de la dificultad en el acceso a la asistencia jurídica gratuita y la prisión preventiva de los extranjeros desde el inicio del procedimiento, instando a que el uso de ésta última sea excepcional y con un control judicial efectivo.

Tanto el CELS<sup>32</sup>, como la Defensoría General de la Nación y la Procuración Penitenciaria de la Nación se han expedido y elevado informes sobre la gravedad de las nuevas disposiciones del Decreto N° 70/17. En ese sentido, por ejemplo respecto de la ampliación de posibilidades de detención del Art. 70, ha sido cuestionada por la Procuración Penitenciaria de la Nación (PPN, 2017: 467 y ss) que expuso: “la retención de extranjeros sólo debería ser dispuesta por la autoridad judicial en el marco de una audiencia contradictoria donde siempre se garantice el derecho de defensa y asistencia

---

<sup>32</sup>CELS (Centro de Estudios Legales y Sociales), “El DNU contra las personas migrantes: una política selectiva y diferenciada”, 2018 (disponible en <https://www.cels.org.ar/web/2018/01/dnu-migrantes-una-politica-selectiva-y-diferenciada/>. Consulta el 02/08/2019)

letrada, a los efectos de respetar los estándares de la Convención Interamericana de Derechos Humanos y los criterios que estableció la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Vélez Loor vs. Panamá” (Recomendación N° 847/PPN/2016).

En algunas audiencias de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos también se ha tratado el tema, donde se destacó la preocupación por la relación que se generaba entre la migración, el delito y la xenofobia, y la estigmatización de los inmigrantes que promueve el decreto en cuestión. Se planteó que el procedimiento sumarísimo de expulsión que regula el reglamento, vulnera el debido proceso, el derecho a la defensa y el acceso a la justicia y que posibilita la detención de migrantes desde el inicio de ese trámite y una detención indefinida si la persona recurre la orden de expulsión.

También se analizó la violación al derecho a la unidad familiar, toda vez que el decreto lo elimina como criterio para evitar algunas expulsiones y detenciones.

Por su parte, el Instituto Argentino para la Igualdad, Diversidad e Integración (IARPIDI), destacó el racismo institucional que se habilita al asociar la migración con la delincuencia en nuestro ordenamiento jurídico. Esto puede devenir, en tratos discriminatorios, en violencia y estigmatización. Asimismo, la Unión de Colectividades Inmigrantes de Córdoba y de la Red Nacional de Líderes Migrantes en Argentina, planteó que al habilitar la cancelación de la residencia y expulsión para delitos menores como puede ser la resistencia a la autoridad, puede desalentar la participación de las personas inmigrantes en protestas sociales o situaciones de similar tenor.

Preocupaba no solo lo ya dicho sobre este decreto, sino en líneas generales el retroceso que significó en materia de políticas migratorias. Mientras la Ley de Migraciones como dijimos era destacada por los derechos y alcances que establecía, el decreto parecía promover una política de selectividad y exclusión.

Durante distintas sesiones del Consejo de Derechos Humanos de la ONU se ha debatido sobre este decreto, cuestionando al Estado argentino por la debilitación en los derechos que ha ocasionado la modificación de la norma.

En ese sentido, el Relator Especial manifestó su preocupación por el efecto que este decreto pudiese tener estos cambios, promoviendo la xenofobia y estigmatización de los inmigrantes e insto a nuestro país a reconsiderar la medida adoptada.<sup>33</sup>

Frente a estas posturas y manifestaciones, el Estado Argentino respondió y minimizó el impacto del DNU, refiriendo que solo tenía por objetivo agilizar los mecanismos, pero destacó la importancia de la Ley de Migraciones y el respeto por los derechos humanos.

En ningún momento, reconoció que los nuevos procedimientos violen estándares internacionales, ni derechos y garantías constitucionales.

Sin perjuicio del análisis que haremos a continuación, sobre las cuestiones jurídicas respecto del DNU, es dable destacar respecto a las políticas allí contenidas, la interesante mirada de Adriana Alfonso<sup>34</sup>. En tal sentido, ella plantea –de una forma muy correcta y en la que coincidimos– que si frente a las irregularidades que pueden presentarse en la migración, la respuesta estatal pasa solo por la rigurosidad en las normas y no se estudian y actúa sobre las causas, no va a traer solución alguna. En esa misma inteligencia, menciona que la experiencia ha demostrado que las leyes restrictivas no arrojan el resultado esperado, y en ese marco, los Estados deberían definir políticas adecuadas para lograr una eficaz administración de los flujos migratorios, articulando los derechos humanos de los inmigrantes con la soberanía de los Estados.

Asimismo, debemos resaltar la necesidad preservar los derechos fundamentales, sin comprometer el “mínimo existencial indisponible”<sup>35</sup>. El derecho administrativo debe responder según la naturaleza del derecho implicado, teniendo como eje el bloque de convencionalidad y el Estado Constitucional de Derecho.

---

<sup>33</sup>CELS, *La ONU insiste en la necesidad de...* cit. pág. 40.

<sup>34</sup>ALFONSO, Adriana, “La experiencia de los países suramericanos en materia de regularización migratoria”, *OIM*, Buenos Aires, 2013.

<sup>35</sup>RODRIGUEZ, María José, “Hacia un derecho administrativo que modula sus respuestas según la naturaleza del derecho fundamental implicado y preserva con acciones positivas el mínimo existencial indisponible”, 2019, pág. 7 (disponible en <https://cijur.mpba.gov.ar/doctrina/14829> consulta el 14/06/22)

## **VI – Utilización del instituto del Decreto de Necesidad y Urgencia**

Ahora bien, habiendo ya desarrollado los fundamentos del DNU N° 70/17 y el marco teórico de dicho tipo de reglamento, estamos en condiciones de analizar si en este caso se reunían las condiciones de forma y de fondo que ameritaban la utilización de un reglamento de necesidad y urgencia en vez de realizar el procedimiento normal de sanción de las leyes a través del Congreso de la Nación.

### **VI – A) La ausencia de debate**

La política migratoria de nuestro país estaba regulada a través de una ley emanada por el Congreso de la Nación. Sin embargo, la modificación a la misma llevada a cabo en Enero de 2017 fue a través de un decreto de Necesidad y Urgencia.

Si bien puede parecer un dato más bien formal, tiene un análisis mucho más profundo a realizar.

En ese sentido, haciendo un breve repaso histórico de las normas que rigieron este tema en nuestro país podemos observar que la “Ley General de Migraciones y Fomento de la Inmigración” –que fue un decreto-ley dictado en la dictadura militar en el año 1981– conocido como “Ley Videla”, tenía una perspectiva discriminatoria y represiva. Con el retorno de la democracia, distintos actores sociales comenzaron a plantear la necesidad imperiosa de generar nuevos marcos normativos con enfoques más inclusivos e integradores respecto de la política migratoria del país. Este proceso fue lento, llevo mucho tiempo, se realizaron profundos debates y recién en el año 2004, se logró la Ley de Migraciones que derogaba la anterior.

Esta Ley N° 25871, fue el producto de muchos debates, de la participación de distintas organizaciones de la sociedad civil, se conformaron redes, mesas de trabajo, tuvo un amplio trabajo en la Comisión de Población y Recursos Humanos de la Cámara de Diputados del Congreso de la Nación.

El Decreto N° 616/10, reglamentario de la ley, también fue el producto de un trabajo elaborado, donde participaron sociedades civiles, organismos internacionales, organizaciones de derechos humanos y organizaciones religiosas.

Es decir entonces, que tanto la Ley de Migraciones N° 25871 como su decreto Reglamentario, fue el fruto de una labor parlamentaria profunda, democrática y republicana. Fue el producto del diálogo y el consenso.

Sin embargo, fue modificada de una forma más unilateral y arbitraria, a través de un DNU donde no existió debate ni análisis alguno, y ni siquiera se brindó fundamentos contundentes que habilitaran la utilización de esa herramienta, como veremos más abajo.

Por otra parte, es dable recordar que la CIDH tiene dicho que la protección de los derechos humanos requiere que los actos estatales que los afecten no queden al arbitrio del poder público, motivo por el cual las limitaciones que puedan establecerse al respecto deberían ser a través de una ley adoptada por el Poder Legislativo que invista al acto de representación popular, permita a las minorías expresarse y participar. Asimismo plantean que la reserva de ley para actos de intervención es un elemento esencial. Sin perjuicio de ello, se ha pronunciado sobre la excepción de utilizar otras herramientas como la delegación legislativa para regular derechos, siempre que estén autorizadas por la propia CN, que se ejerza dentro de los límites impuestos por la CN y por la ley delegante y que el ejercicio de la potestad delegada esté sujeto a controles eficaces.

Ahora bien, este cambio o fenómeno de desplazar las leyes para recurrir a los reglamentos no ha sucedido en un único caso, sino más bien es un proceso que se viene observando y que es analizado por muchos autores. Entre ellos, Alfonso Santiago, Enrique Veramendi y Santiago Castro Videla, hacen un recorrido de posibles causas, nombrando entre ellas el aumento de la necesidad de producción normativa, el aumento de la complejidad técnica de la normativa, el aumento de la velocidad de respuesta a los problemas, la crisis del Poder Legislativo, el crecimiento y concentración del Poder Ejecutivo y el interés de los grupos de presión y la clase política, entre otras.

En ese sentido, los autores plantean la necesidad de que el Poder Legislativo reasuma con firmeza el pleno ejercicio de sus competencias y atribuciones, tanto para debatir las

iniciativas como para controlar de forma estricta los DNU, entendiendo que el procedimiento legislativo ordinario es una forma superior de creación jurídica.<sup>36</sup>

#### **VI – B) Circunstancias excepcionales, la “necesidad y urgencia”.**

Sin perjuicio del contenido del decreto, vamos a evaluar ahora si sería válida utilizar esta figura en vez de promover las modificaciones a través del procedimiento normal de sanción de leyes. Teniendo en cuenta lo ya desarrollado en profundidad en el apartado III, es importante destacar que la CN ha reglamentado los DNU de forma un tanto abstracta, motivo por el cual en algunos puntos la jurisprudencia ha tomado un rol clave en poder analizar los mismos.

Uno de los temas objeto de discusión, como ya mencionamos, tiene que ver con que la Constitución previó como condición en general para el dictado de estos reglamentos, que existiesen motivos de necesidad y urgencia que hicieran imposible realizar el trámite normal del procedimiento de sanción de leyes. Al no establecer con especificidad cuales podían ser esos motivos, la jurisprudencia ha establecido dos hipótesis claras en las cuales sería válido dictar estos reglamentos: a) que no puedan reunirse las Cámaras del Congreso –por ejemplo por alguna cuestión climática o bélica– y b) que se requiriese una solución legislativa inmediata.<sup>37</sup>

Teniendo en cuenta estos extremos, cabe preguntarse si el contexto del momento del dictado del decreto cumplía con alguna de estas hipótesis.

El texto del decreto hace mención a que la naturaleza excepcional de la situación que se plantea –distintas problemáticas de la política migratoria desarrolladas en el Apartado IV- A) – hacía imposible seguir los trámites ordinarios de sanción de leyes.

Sin perjuicio de la posible necesidad de dar solución a distintos planteos que se hacen en el decreto, a nuestro entender queda claro que en el momento de su dictado no se daban ninguna de las situaciones que ameriten el dictado de un DNU. Es decir, se podían reunir sin ningún obstáculo las Cámaras del Congreso y la inmediatez necesaria no se vislumbra ni surge de forma clara del texto del reglamento. En consecuencia,

---

<sup>36</sup>SANTIAGO, Alfonso, VERAMENDI, Enrique y CASTRO VIDELA, Santiago, *El control del Congreso...*cit. pág 21.

<sup>37</sup>CSJN, “Verrocchi, Ezio Daniel c/ Poder Ejecutivo Nacional – Administración Nacional de Aduanas s/amparo”, 19/8/1999, Fallos 322:1726.



consideramos que se podría haber seguido con el procedimiento ordinario de sanción de leyes sin impedimento alguno.

Ahora bien, ¿por qué se recurre a esta figura aun cuando existía la posibilidad de realizar un proyecto de ley? Si bien no vamos a tener una respuesta concreta, podemos deducir que es un poco más “sencillo” para el Poder Ejecutivo, tomar una decisión sin la necesidad de dar intervención previa a ningún otro órgano. Sobre todo en medidas como las que aquí se tomaron, que eran muy sustanciales, polémicas, poniendo en jaque derechos constitucionales, y entonces podían prever que no iban a lograr un resultado positivo en el Congreso de la Nación. Pero esta situación no debería ser motivo de la utilización de la herramienta del DNU, no es el fin para el cual fue creado. Y deviene en una situación de gravedad, no solo por el incumplimiento al ordenamiento jurídico, sino también porque atenta contra el principio de división de poderes de nuestro país.<sup>38</sup>

#### **VI- C) Materias vedadas**

Asimismo, y como veremos más adelante en la jurisprudencia, se ha debatido si el contenido de este decreto no colisiona con las materias vedadas por la CN para este tipo de reglamentos.

En ese sentido, como adelantamos en el apartado III- C) el alcance negativo de los reglamentos de necesidad y urgencia, determina que no se puede regular a través de un DNU materia de partidos políticos, electoral, tributaria y penal.

Es decir que el texto constitucional primero sienta una regla general, la de prohibir al Ejecutivo la emisión de normas de carácter legislativo –propia del sistema clásico de división de poderes– entendiéndose que existe contenido reservado a la competencia material del Congreso. Luego establece una excepción a la regla, de límites abiertos y de naturaleza política y por última define la “excepción de la excepción” delimitando el alcance negativo estipulando que no puede regularse a través de un DNU materia penal, tributaria, electoral o régimen de partidos políticos”.<sup>39</sup>

---

<sup>38</sup>YLARRI, Juan S., “La división de poderes en la emergencia económica en Argentina”, *Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, N° 32, 2015, pp. 235-262.

<sup>39</sup>BARRA, Rodolfo y LICHT, Miguel, “Los decretos de cit., pág. 19.

Estos extremos no son casuales, y responden a un fundamento muy criterioso de tener que dar intervención al Congreso de la Nación frente a cualquier norma que pueda reglamentar ejercicios de derechos de esa índole. Lo que intentó el constituyente, es excluir de la competencia presidencial materias sensibles de un Estado de derecho en un sistema democrático. Y en ese sentido, la materia penal está estrechamente vinculada con la dignidad, el patrimonio y la libertad de las personas, la materia tributaria puede afectar la propiedad y libertad de empresa y mercado, y la materia electoral y de partidos políticos esenciales para garantizar el funcionamiento de la democracia representativa y el pluralismo.

Más allá de este alcance negativo expreso, la doctrina entiende que existen materias que si bien no fueron contempladas en el Art. 99 inc. 3 como límite, también se encontrarían excluidas de la posibilidad de ser reguladas por DNU por su propia naturaleza. Tal es el caso por ejemplo algunas leyes que requieren para su sanción mayoría especial, como es el caso del Consejo de la Magistratura o la Ley Orgánica de la Auditoría General de La Nación, la ley declarativa de la necesidad de reforma de la Constitución, el Convenio de Participación Federal de Impuestos, entre otros. Esta observación tiene que ver con que si el constituyente exigió para determinadas hipótesis mayorías agravadas, no sería coherente que permita al mismo tiempo a realizarlas a través del camino expedito del DNU.

En el caso del Decreto N° 70/17, su contenido plantea varias situaciones cuya naturaleza podría considerarse penal, motivo por el cual se han generado distintos cuestionamientos. En tal sentido, tal como vimos en el apartado IV, regula detenciones, expulsiones, y sanciones, tienen en cuenta los antecedentes y causas penales, con lo cual es esperable que aparezcan estos conflictos. Sin perjuicio de ello, y tal como desarrollaremos posteriormente en el apartado de Jurisprudencia, la justicia ha sido bastante unánime en entender que no son materia penal propiamente dicha, sino administrativa. Es decir que lo que se regulan son disposiciones de índole administrativa sobre requisitos y situaciones de ingreso y permanencia en el país, donde los intereses y límites contemplados son distintos a los de la materia penal. En ese sentido, mientras el fundamento de una pena es la protección de un bien jurídico, las medidas migratorias responden al control de flujos migratorios, competencia que recae sobre la Administración de un país.

## **VI – D) Control posterior**

Tal cual dispone la Ley N° 26122, el DNU N° 70/17 fue elevado para el tratamiento de la Comisión Bicameral Permanente. El mismo fue tratado en Febrero de 2017, pero no obtuvo dictamen.<sup>40</sup>

Durante la reunión expusieron algunos especialistas del tema como el Director de Migraciones, representantes del CELS, de Amnistía Internacional, Red Nacional de Líderes Migrantes, entre otros.

Por su parte, el Director de Migraciones intento fundamentar la necesidad de la medida por varios motivos, entre ellos las pocas expulsiones que se materializaban en relación a las efectivamente suscriptas. También destacó que ello no obstaba a la hospitalidad y apertura que tenía el país con los inmigrantes.

En la postura más crítica, expuso por ejemplo Diego Morales (CELS), donde cuestionó la herramienta utilizada, la inexistencia de necesidad y urgencia y no haber realizado el procedimiento legislativo correspondiente. Asimismo, planteó la situación grave que puede darse en virtud del procedimiento sumarísimo y las detenciones, materia que considera que podría ser asimilable a la materia penal, que está expresamente prohibida por la CN.

En esa misma línea expusieron otros especialistas, manifestando su preocupación por este DNU, su incumplimiento de los requisitos constitucionales, la falta de necesidad y urgencia, la falta de fundamentos válidos, su avanzada unilateral y sin diálogo por sobre una ley ampliamente debatida como fue la Ley de Migraciones, la violación del derecho internacional que nos rige respecto de los Derechos Humanos, la materia que podría considerarse penal por trastocar el principio de inocencia, la “criminalización del extranjero”, entre otras.

Luego de las exposiciones de los especialistas, debatieron los diputados también siguiendo estas distintas líneas de pensamiento.

Como mencionamos ut-supra, no se logró firmar dictamen motivo por el cual no continuo el trámite ni se expidieron al respecto los plenarios de las Cámaras.

---

<sup>40</sup> Se puede encontrar la reunión en la página web:  
<https://www.senado.gob.ar/micrositios/nota/14837/noticias>

Esta situación fue tomada en cuenta en el fallo CELS que analizaremos en el siguiente apartado, entendiendo que frente a esta omisión por parte del Legislativo, cobra mayor relevancia el control judicial.

## **VII – Jurisprudencia**

En este capítulo, realizaremos un análisis de la jurisprudencia que ha tenido lugar en cuestiones que hacen a las políticas migratorias propiamente dichas, como así también a las cuestiones que tienen que ver con la utilización de la herramienta del reglamento de necesidad y urgencia, haciendo un profundo análisis del caso “CELS” por su importancia y contenido.

### **VII. A) Respeto del principio de igualdad**

Si bien este principio no es objeto de regulación de forma literal en el Decreto N° 70/17, creemos que siempre es uno de los fundamentos principales que es transversal –o debería serlo– de todas las normas que regulan las políticas migratorias.

Este principio, como ya mencionamos, está consagrado en la CN y en los tratados internacionales. Por otra parte, a partir de las diferentes políticas públicas según el momento de la evolución histórica, se ha legislado de formas diversas, encontrándonos también con distinta jurisprudencia.

En tal sentido, a mediados de la década del 80, a través del caso “Repetto”<sup>41</sup>, se reflató la discusión sobre la igualdad de derechos entre nacionales y extranjeros prevista en la CN y los tratados internacionales de derechos humanos.

Allí se planteó la inconstitucionalidad de las normas que limitan derechos solo a las personas argentinas. En consecuencia, se reconoció el derecho a trabajar –en este caso en docencia– tanto para nacionales como extranjeros en condiciones de igualdad.

Pero la jurisprudencia no era coincidente, y así algunos tribunales como el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires legitimó la negativa del derecho a trabajar a los extranjeros por su sola nacionalidad frente a una acción declarativa de inconstitucionalidad presentada por la Asociación por los Derechos Civiles (ADC),

---

<sup>41</sup>CSJN, “Repetto, Inés María c/ Pcia. de Bs. As. s/ inconstitucionalidad de normas legales”, 8/11/1988, Fallos 312:1902.

dictaminando en favor de la constitucionalidad del Estatuto docente de la ciudad vigente en ese entonces (Ley 668)<sup>42</sup>.

En dicha sentencia, se consideró legítimo limitar a los nacionales el derecho a ejercer la docencia en el ámbito público, vulnerando claramente la igualdad prevista en todo nuestro orden jurídico y el principio pro-homine e incorporando principios como el de reciprocidad, que no encuentran fundamento jurídico en nuestro sistema.

Esta decisión tan polémica, quedo superada cuando apenas un tiempo después se modificó el Estatuto Docente de la Ciudad, y se garantizó en condiciones de igualdad el derecho a trabajar –ejercer docencia– tanto para nacionales como para extranjeros.

Este conflicto, a pesar de la evolución de las regulaciones y la protección de derechos fundamentales, siguió siendo motivo de análisis y debates, porque aún existen normas que estipulan requisitos de nacionalidad para poder ejercer distintas actividades.

Otro fallo de relevancia en el tema, y bastante más actual, es “Gottschau”<sup>43</sup>, donde a una persona de nacionalidad alemana, pero que vivía en este país desde hacía muchos años – cursando sus estudios secundarios, universitarios y matriculándose en el Colegio de Abogados de la Capital Federal– le fue denegada su solicitud de inscripción para un concurso para la selección de Secretarios de Primera Instancia del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Bs. As. con invocación del Art. 10 del Reglamento de Concursos que establece como requisito la nacionalidad argentina.

En ese sentido, la CSJN debió analizar si el requisito de nacionalidad argentina que establecía el reglamento para poder concursar al cargo de secretario de primera instancia era compatible con la igualdad contemplada en nuestra Constitución Nacional.

La CSJN analizó –teniendo como antecedente algunos de los análisis de la causa “Hooft”<sup>44</sup>– que cuando se impugna una categoría infraconstitucional, basada en el “origen nacional” se debe considerar sospechosa de discriminación y por ende portadora de una presunción de inconstitucionalidad, donde será la demandada que deba demostrar lo contrario, es decir que se invierte la carga de la prueba. Asimismo, dispuso

---

<sup>42</sup>Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Bs. As., “Asociación por los Derechos Civiles c/ GCBA s/ Acción Declarativa de Inconstitucionalidad”, Año 2004.

<sup>43</sup>CSJN, “Gottschau, Evelyn Patrizia c/ Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Bs. As. s/ amparo”, 8/8/06, Fallos 329:2986.

<sup>44</sup>CSJN, “Hooft, Pedro C.F. c/ Pcia. De Buenos Aires c/ Pcia. de Buenos Aires s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, 16/11/04, Fallos 327:5118

que en estos casos el principio de razonabilidad no es suficiente, y se debe ir más allá indagando sobre los fines y medios que se buscan con el requisito para el concurso.

Por otra parte, entendió que se podría haber buscado una exigencia más relativa, como la extensión de residencia o el lugar de estudios a efectos de acreditar el arraigo, si ese era el fin de la norma.

Por último, estableció también –toda vez que la demandada había presentado como prueba algunos tratados internacionales que reconocen el derecho a acceder a los cargos públicos a los ciudadanos de cada país, sin hacerlo extensivo a los extranjeros– que dichos tratados solo pueden mejorar la tutela de los derechos de nuestro orden jurídico pero no empeorarlos. Es decir que no pueden interpretarse como restrictivos de derechos constitucionales existentes y vigentes del ordenamiento interno.

Es por ello que declaró la inconstitucionalidad de la norma que imponía el requisito de la nacionalidad argentina para concursar al cargo de secretario de Primera Instancia de los Juzgados de la Ciudad Autónoma de Bs. As.

Lo sentado en éste último caso, si bien no tiene una relación directa con el DNU objeto de estudio, entendemos que es de relevancia porque la incorporación del concepto de “categoría infraconstitucional sospechosa de discriminación”, que dispone la presunción de inconstitucionalidad e invierte la carga de la prueba, puede ser de gran incidencia en analizar cualquier norma dictada en el país.

En efecto, nos encontramos con casos donde si bien el objeto principal del conflicto era otro respecto de lo normado en el DNU N° 70/17, se trajo a colación y discutió también el principio de igualdad.

En tal sentido, por ejemplo la Cámara Contencioso Administrativa Federal, frente al planteo sobre el principio de legalidad, igualdad y no discriminación en relación al DNU N° 70/17, ha entendido que la igualdad que prevé nuestro orden jurídico se da en igualdad de circunstancias, es decir “tratar del mismo modo a los que se encuentre en iguales situaciones”. En esa inteligencia, interpretó que esa garantía no obsta a que el legislador contemple en forma distinta situaciones que considere diferentes, reglamentando los derechos. Por ello concluyó que no se puede poner en la misma

posición al migrante que ingresó legalmente con aquel que infringió la ley ingresando de forma irregular.<sup>45</sup>

## **VII. B) Algunas cuestiones propias del DNU N° 70/17**

Ya realizamos un estudio profundo de los cambios en las normas tanto de fondo como de forma que estableció el Decreto N° 70/17, y hemos analizado sobre los derechos y garantías que fueron afectados respecto de las personas extranjeras.

Dichos extremos, por supuesto dieron lugar a una amplia cantidad de conflictos, y distinta jurisprudencia en el tema, en distintas jurisdicciones.

En efecto, desarrollaremos algunos casos de relevancia por el contenido de su análisis, categorizados por el tema abordado.

### **VII. B) 1. Recursos**

Uno de los temas objeto de debate fue respecto de la presentación de los recursos fuera de término, que deben interponerse en sede administrativa, no judicial. En efecto, en distintos pronunciamientos la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal ha confirmado la desestimación de los recursos interpuestos de forma extemporánea en sede administrativa, considerados como denuncia de ilegitimidad por la Dirección Nacional de Migraciones.<sup>46</sup>

A tal fin, se utilizó como antecedente de la CSJN el fallo “Gorordo”<sup>47</sup>, donde el Tribunal entendió que no se le podía dar el mismo tratamiento a quien presenta un recurso con diligencia del que incumple los plazos, entendiendo que de modo alguno se estaba violentando el debido proceso ni ninguna garantía constitucional, ya que se le da oportunidad efectiva de ejercer su derecho.

---

<sup>45</sup>Cámara Contencioso Administrativa Federal, Sala IV, “X., W. c/ Estado Nacional – Dirección Nacional de Migraciones s/ Recurso directo DNM”, 19/10/17.

<sup>46</sup>Cámara Contencioso Administrativo Federal, Sala I, “Minaya Vallejo, María Casilda c/ EN – M. Interior OP y V – DNM s/ Recurso Directo DNM”, 21/12/2018 y Cámara Contencioso Administrativo Federal Sala III, “R.R.J.G. c/ EN – M. Interior OP y V – DNM s/ Recurso Directo DNM”, 12/09/17.

<sup>47</sup>CSJN, “Gorordo Allaria de Kralj, Haydée María c/ Estado Nacional (Ministerio de Cultura y Educación)”, 4/2/99, Fallos 322:73.



## VII. B) 2. Reunificación familiar

Respecto a la aplicación de la dispensa del Art. 29, por reunificación familiar frente a la expulsión de un inmigrante, la Cámara la ha interpretado como una atribución excepcional de uso discrecional en cabeza de la Dirección Nacional de Migraciones (autoridad de aplicación). Esta excepción se contempló como una facultad primaria de la Administración quién es el que decide hacer uso o no de aquella, según las particularidades de cada caso.

En ese sentido, concluyó que “...De este modo y en tanto se trata de una poder propio de la Administración, cuya competencia ha sido asignada a un órgano estatal altamente especializado (creado al efecto), su ejercicio ha de ser controlado por el Poder Judicial únicamente en la medida que se demuestre la existencia de arbitrariedad o ilegalidad evidente, sin que ello habilite a los jueces a sustituir el criterio por el suyo propio, so pena de incurrir en una violación al principio elemental de división de poderes...”<sup>48</sup>

En el mismo orden de ideas, en el fallo “Garcete Báez”<sup>49</sup>, la Cámara analizó que la reunificación familiar debe ser contemplada teniendo en cuenta la potestad que tiene la Administración de impedir el ingreso y permanencia de extranjeros, con base en el derecho del Estado Nacional a regular y condicionar la admisión de extranjeros.

En este caso, el actor dedujo un recurso judicial pidiendo la anulación de las Disposiciones N° 127688/18 y 187514/19 que habían cancelado su residencia por haber sido condenado penalmente y rechazado el recurso jerárquico respectivamente. Asimismo, el actor planteó la inconstitucionalidad del Art. 6° del Decreto N° 70/17 por “desconocer los alcances de la dispensa de reunificación familiar” y sostuvo que debía prevalecer el interés superior de su hijo, ya que relató que el formo una pareja en el país y tuvo un hijo de nacionalidad argentina.

La DNM había cancelado su residencia y desestimado el recurso por entender que la naturaleza del delito por el que Garcete Baez había sido condenado, obsta a la aplicación al caso de la excepción prevista para reunificación familiar.

---

<sup>48</sup>Cámara Contencioso Administrativa Federal, Sala IV, “G.F.S. c/ EN – Min. Interior – DNM – Disp. 260/13 y otro s/recurso directo DNM”.

<sup>49</sup>Cámara Federal Contenciosa Administrativa, Sala I, “Garcete Báez Víctor Hugo c/ EN – DNM s/ Recurso Directo DNM”, 15/12/20.

En tal sentido, la Cámara estimo que la DNM cumplió con su función considerando las argumentaciones expuestas por el actor, rechazando de forma motivada su decisión administrativa en ejercicio de sus facultades discrecionales.

En ese mismo orden de ideas, se pronunció la CSJN en el caso “Otoya Piedra”<sup>50</sup> donde analizó si la sentencia apelada había constituido un legítimo control de la legalidad y razonabilidad de la decisión administrativa impugnada, o si había importado una indebida intromisión del Poder Judicial sobre facultades propias de la Dirección Nacional de Migraciones. En efecto, desarrollo que en el Art. 29 se determinó supuestos específicos que obstan al ingreso o permanencia de un extranjero en el país, y luego se atribuyó la facultad de dispensar de forma excepcional por razones humanitarias o de reunificación familiar a la Dirección Nacional de Migraciones.

Asimismo, destacaron que la dispensa es una excepción a la regla, y en consecuencia las razones que se invoquen deben ser interpretadas de modo restrictivo. En el caso, observaron que si bien el actor planteo la dispensa invocando vínculos familiares, la Dirección Nacional de Migraciones en uso de sus facultades discrecionales, resolvió no admitir la dispensa por la entidad y gravedad del delito por el cual estaba condenado. Y en ese entendimiento, la negativa fue adoptada dentro del ámbito de valoración que la ley le atribuye a la autoridad de aplicación.

### **VII. B) 3. Plazos**

Si bien hubo reiterados planteos al respecto, la Cámara entendió en muchos casos que solo se habían cuestionado de forma genérica sin poder demostrar gravamen alguno que cause por ejemplo, el plazo de la medida de retención, en el caso en concreto.<sup>51</sup>

Asimismo, respecto de los plazos para presentar recursos, también se desestimaron planteos toda vez que interpretaron que no se afectaba el derecho de defensa en virtud

---

<sup>50</sup>CSJN, “Otoya Piedra, César Augusto vs. Estado Nacional y otros. Recurso directo Dirección Nacional de Migraciones”, 07/12/2021, Fallos 344:3600.

<sup>51</sup>Cámara Federal Contenciosa Administrativa, Sala I, “Garcete Baez Victor Hugo c/ EN – DNM s/ Recurso Directo DNM”, 15/12/20.

de los plazos, ya que en efecto el/los recurrente/s habían podido presentar el recurso de forma pormenorizada y no se generaron consecuencias nocivas.<sup>52</sup>

En el mismo sentido, encontramos fallos de otras jurisdicciones como la Cámara Federal de Salta donde se rechazó un planteo de inconstitucionalidad del Decreto N° 70/17, entendiendo que el procedimiento migratorio especial sumarísimo dispuesto en el Art. 69 del decreto no violaba ni restringía el derecho de defensa, toda vez que brinda una herramienta –recurso jerárquico– en sede administrativa, y luego la revisión judicial del acto, quedando garantizado el derecho a acceso a la justicia.<sup>53</sup>

#### **VII. B) 4. Materias vedadas**

Frente a algunos casos donde se planteaba que la materia penal está vedada a los DNU por la CN y en efecto el Decreto N° 70/17 estaba violando dicha norma, la Cámara interpretó que la expulsión que era objeto de análisis, se sustentaba en disposiciones normativas de índole administrativa sobre entrada, permanencia y salida del país que responde a distintos intereses que los contemplados por la legislación penal.

En consecuencia, y citando a jurisprudencia española, la Cámara ha dicho que: “...la pena se impone en el marco de la política criminal del Estado, mientras la expulsión del territorio nacional ha sido acordada en el marco de la política de extranjería, que son dos ámbitos que atienden a intereses públicos netamente diferentes... Es decir, sin mayores matices, podemos convenir en que el fundamento de la pena reside en la protección de bienes jurídicos a través de los efectos preventivos asociados a su naturaleza aflictiva. En cambio, la medida de expulsión obedece a los objetivos propios de la política de extranjería que, en todo caso, están relacionados con el control de los flujos migratorios de cara a procurar una integración y convivencia armónicas en el territorio del Estado...”<sup>54</sup>

---

<sup>52</sup>Cámara Federal Contenciosa Administrativa, Sala I, “Yang, Zheng c/ EN – DNM s/ Recurso Directo DNM”, 08/05/19.

<sup>53</sup>Cámara Federal de Salta, Sala I, “Chen Huagui c/ Dirección Nacional de Migraciones s/ orden de retención migraciones”, 28/07/17.

<sup>54</sup>Cámara Contenciosa Administrativa Federal, Sala IV, “X., W. c/ Estado Nacional – Dirección Nacional de Migraciones s/ Recurso directo DNM”, 19/10/17.

## **VII. B) 5. El caso CELS<sup>55</sup>**

Este caso lo desarrollaremos de forma específica ya que realiza un profundo análisis sobre diferentes temas y es de una gran relevancia, toda vez que fue el que declaró la inconstitucionalidad del Decreto N° 70/17 y dio origen a la intervención de la CSJN; que si bien no dictó sentencia, llegó a obtener el dictamen de la Procuración General de la Nación.

El Centro de Estudios Legales y Sociales –CELS– presentó una acción de amparo planteando la nulidad del DNU N° 70/17 por, entre otros motivos, ser violatorio del principio de legalidad y debido proceso.

En primera instancia, se desestimó la acción de amparo entendiendo que se encontraban configuradas las circunstancias excepcionales que ameritan el ejercicio excepcional de atribuciones legislativas por parte del Poder Ejecutivo. Asimismo, se entendió que las modificaciones realizadas a través del decreto no constituían materia penal –vedada para los DNU– sino que son función y materia administrativa.

Por otra parte, se concluyó que la introducción del proceso sumarísimo no coloca a los inmigrantes en ninguna situación de indefensión y en efecto, no vulnera de modo alguno el derecho de defensa en juicio. Además, no se hizo lugar al planteo de arbitrariedad e ilegalidad de la figura de la retención preventiva del nuevo Art. 70, entendiendo que esa privación temporaria de libertad no constituye una pena, sino una “medida administrativa de carácter instrumental tendiente a dar cumplimiento a una orden de expulsión”.

Contra esta sentencia, el CELS junto con el Defensor del Pueblo y el Fiscal General procedieron a apelar.

La Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala V, declaró en este caso el la inconstitucionalidad del Decreto N° 70/17 por varios motivos que desarrollaremos a continuación.

---

<sup>55</sup>Cámara Contencioso Administrativa Federal, Sala V, “Centro de Estudios Legales y Sociales y otros s/ EN – DNM s/amparo ley 16985”, 22/03/2018.

En primer lugar, se analizó la utilización de la herramienta del DNU, como forma de ejercer función legislativa por parte del Poder Ejecutivo, con las limitaciones constitucionales y jurisprudenciales aplicables.

En ese sentido, y trayendo a colación distinta jurisprudencia, ha definido que “el requisito relacionado con la imposibilidad de seguir el procedimiento ordinario para la sanción de las leyes no constituye una cuestión de mera conveniencia. Es decir, la Constitución no autoriza a eludir el debate y la intervención del Congreso en razón de la dificultad ocasional de reunir las mayorías necesarias, o de los tiempos que son propios del debate parlamentario, sino ante circunstancias de urgencia tales que deban ser solucionadas de inmediato y en un término incompatible con el que requiere el trámite normal de las leyes”.

Se entendió que las condiciones para el ejercicio de la potestad reglamentaria a través de los DNU, deben ser de rigurosa excepcionalidad. Traen a colación los principios que se tuvieron en cuenta en los debates y la reforma constitucional de 1994 en cuanto a la atenuación del presidencialismo y el fortalecimiento del Congreso de la Nación, y manifiestan que estos principios deben ser tenidos en cuenta a la hora de analizar las potestades respecto de los DNU.

También citan a la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto al valor del principio de legalidad como límite a la restricción de los derechos humanos, y a la Convención Americana de Derechos Humanos, quien tiene dicho que los actos estatales que afecten la protección de los derechos humanos no deben quedar al arbitrio del poder público, sino que deben gozar de las garantías necesarias para no vulnerar derechos de las personas, estableciendo limitaciones por leyes adoptadas por el Poder Legislativo según la CN.

Resulta importante destacar que se citó el ya mencionada fallo Verrocchi, que sigue teniendo vigencia, respecto de las circunstancias que deben verificarse a efectos de configurar el supuesto fáctico que avale la utilización de la herramienta del DNU, a saber: que las Cámaras no puedan reunirse por circunstancias fácticas de fuerza mayor, como un desastre natural que impida el traslado de los legisladores o que la situación requiera una solución legislativa inmediata incompatible con el plazo normal de sanción de leyes.

Una vez expuestos estos fundamentos, se analizó la motivación del DNU N° 70/17, donde observaron que de los extensos considerandos solo pocos se referían a justificar la urgencia impostergable para el dictado, tales como las dificultades para concretar órdenes de expulsión, el complejo procedimiento recursivo, alta representación de población extranjera en las penitenciarías y el uso abusivo del instituto de residencias precarias. Todos estos extremos son los que el Poder Ejecutivo considero que configuraban una “situación crítica que amerita la adopción de medidas urgentes”. Pero, la Cámara observó que estas hipótesis se sustentaban en datos fácticos que no estaban acreditados ni en el DNU ni en la causa judicial y recordó que en virtud del carácter excepcional que tienen estos decretos, no pueden presumirse la validez de las constataciones, más aun teniendo en cuenta que establece condiciones regresivas en materia de protección de los derechos humanos.

Asimismo, se analizó que las estadísticas se presentaron en forma sesgada, haciendo llegar a conclusiones inexactas. En tal sentido, la Cámara citó datos de la Procuración Penitenciaria de la Nación que establecía, entre otras cosas, que el porcentaje de personas extranjeras en la Argentina se ha mantenido constante desde el año 2002.<sup>56</sup>

En este sentido, el Tribunal analizó que si bien son datos que pueden ameritar la necesidad de establecer políticas públicas en materia criminal, no es fundamentación que justifique eludir la intervención del Congreso mediante un DNU. Es decir que si bien pueden existir razones que ameriten una modificación en la regulación migratoria, las razones expuestas en el Decreto N° 70/10 no son válidas para sostener la necesidad inmediata de modificar la ley sin participación del Poder Legislativo.

Asimismo, una interpretación muy interesante que hizo la Cámara, es analizar al Decreto N° 70/10 como un acto administrativo de alcance general a la luz de la Ley de Procedimientos Administrativos N° 19549. En ese sentido, entendió que se encontraba viciado el elemento esencial de la finalidad, toda vez que no lo rige el principio de proporcionalidad. Es decir que las medidas que el acto involucra, no serían proporcionalmente adecuadas a su finalidad, o sea a los fines que justifican el acto, su causa y objeto. En ese sentido, si bien los fundamentos hablan de criminalidad y

---

<sup>56</sup>Procuración Penitenciaria de la Nación - Informe anual 2016, “*La situación de los derechos humanos en las cárceles federales en la Argentina*”, Cap. VIII apartado 4, pág. 453; disponible en el sitio: [www.ppn.gov.ar](http://www.ppn.gov.ar); consultado el 20-03-19).

narcocriminalidad, luego regula cuestiones como el procedimiento sumarísimo que rige para todos los delitos e incluso infracciones administrativas. En consecuencia, se observa una desviación del poder, vicio que afecta a la finalidad como elemento esencial del acto.

También expusieron, una valoración muy importante respecto a entender que el colectivo al que le aplica este decreto conforman un grupo vulnerable, y estas modificaciones perpetúan o agravan la situación de sometimiento de los migrantes toda vez que no aplica solo a quien tenga antecedentes penales por infracciones a la Ley de Estupefacientes. Teniendo en cuenta todos estos extremos, el Tribunal entendió que no se verificaban los presupuestos materiales para el ejercicio de la potestad reglamentaria de necesidad y urgencia previstos en el Art. 99 inc. 3 de la CN.

En segundo lugar, se analizó si la materia que fue objeto de regulación a través del Decreto N° 70/17 es de naturaleza penal, y en consecuencia se estaría regulando una materia vedada por la CN. En ese sentido, se entendió que no se trataría de materia penal, sino de una coerción formalmente penal, es decir consecuencias derivadas de la comisión o la presunta comisión de delitos, que no son penas en el sentido del derecho criminal y penal, sino que son medidas de restricción o sanción de naturaleza administrativa.

Asimismo, con respecto a las causales que impiden el ingreso o la permanencia en el territorio nacional, la Cámara entendió que no pueden ser consideradas como manifiestamente ilegítimas o arbitrarias de plano, sino que el proceso de expulsión debería ser individual, evaluando cada caso en concreto y garantizando así el tratamiento igualitario y no discriminatorio. En ese sentido, podrá ser planteado por cada caso particular.

Por otra parte, se analizó que tanto el Derecho Penal como el Derecho Administrativo sancionador son manifestaciones de la potestad punitiva del Estado. En consecuencia, aun cuando no se considere que la materia que trata el Decreto N° 70/17 sea penal, eso no obsta a que no se apliquen las garantías del derecho penal. Estas deben ser extensibles a los procedimientos administrativos de carácter sancionador y a su revisión judicial, tal como ha ido contemplando la CSJN en su interpretación del debido proceso y de la tutela judicial efectiva.

Por otro lado, se analizó la situación del control posterior que debe hacer el Congreso de la Nación, contemplado en la Ley N° 26122, respecto del cual no se habían expedido aún. Entendiendo que la omisión del deber de las Cámaras de expedirse, no impide el control judicial del DNU, sino que por el contrario cuando se trata de un decreto que invoca razones de necesidad y urgencia y el Congreso no se ha expedido, el control judicial de los presupuestos fácticos de aquél cobra mayor relevancia.

Luego la Cámara comienza a analizar a las medidas de expulsión y privación temporaria de la libertad, a la luz de los derechos y garantías constitucionales y convencionales. En tal sentido, al importar dichas medidas actos sancionatorios, implican una restricción a derechos fundamentales motivo por el cual deben observar el debido proceso que debe garantizarse a toda persona, sin importar su status migratorio.

La Cámara enumera esas garantías, contemplando “el derecho a ser oído sin demora por un tribunal u órgano competente e imparcial; autorizado para ejercer funciones judiciales; a ser notificado de manera previa y detallada de los cargos que se le atribuyen; al patrocinio letrado y a reunirse de forma privada con su abogado para preparar su defensa; a producir las pruebas relativas a esa defensa y presentar e interrogar a los testigos o peritos; a que sus derechos se determinen dentro de un plazo razonable; a no ser detenido más que durante el término estrictamente necesario que exija el tipo de procedimiento de que se trate; a recurrir la decisión, que debe ser adecuadamente motivada y estar fundada en ley; y a la asistencia consular”. Estos extremos, plantea que deben ser cumplidos de forma efectiva y real, haciendo mención del caso Vélez Loo que desarrollaremos más abajo.

Con respecto al domicilio constituido, la Cámara analizó la circunstancia de que no se advierte en las modificaciones una vulneración al principio de constitucional del debido proceso toda vez que prevé que se consideraran válidas las notificaciones enviadas al domicilio que el extranjero declare y actualice frente a la Dirección Nacional de Migraciones. Solo en la situación de no tener domicilio declarado, se dispone la notificación en los estrados de la oficina migratoria, situación que no es indefinida ni inalterable en el tiempo.

Analiza también, la modificación de las herramientas recursivas, entendiendo que no afectan las garantías mínimas contempladas en el Art. 8 y 25 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, respecto del derecho a ser oído.



La Cámara si observa una vulneración manifiesta al derecho al debido proceso respecto del plazo de tres días previsto para interponer el recurso administrativo ante la Dirección Nacional de Migraciones y para deducir el recurso judicial, trayendo para eso a colación lo expuesto por el CSJN quien tiene dicho que un recurso que debe ser presentado en tres días, fundamentado y pudiendo no haber tenido asistencia letrada, no puede ser calificado de efectivo. También se citó al Tribunal Europeo de Derechos Humanos que ha entendido que el deber de control judicial de las detenciones administrativas o policiales exige algo más que un recurso eventual, y dependiente de la voluntad del afectado.

También observaron una vulneración de derechos y una arbitrariedad, en las modificaciones que trajo el Decreto N° 70/17 respecto de la “retención preventiva” ya que si bien en principio establece que no puede exceder el tiempo indispensable para hacer efectiva la expulsión del extranjero, luego prevé que las acciones o procesos recursivos suspenden el plazo de la retención hasta su resolución definitiva. De forma tal, que el carácter instrumental de la retención –que sería la finalidad de hacer efectiva la orden de expulsión– puede ceder y convertirse en una detención arbitraria, teniendo en cuenta que los procedimientos, incluso los sumarísimos, suelen extenderse en el tiempo.

Asimismo, tuvo en cuenta que el régimen de la Ley de Migraciones N° 25871 ya preveía la opción de que de forma excepcional y justificada la DNM o el Ministerio del Interior pudieran solicitar a la autoridad judicial la retención del extranjero aun cuando la orden de expulsión no estuviese firme y consentida, con lo cual no sería razonable la introducción de una restricción de libertad personal por tiempo indeterminado del Decreto N° 70/17.

Por otro lado, el Tribunal destacó que dentro de la organización constitucional argentina, quien adopta las decisiones generales sobre política migratoria es el Congreso de la Nación, y no el Poder Ejecutivo, salvo que se acreditaran las excepciones del Art. 99 inc. 3. Además, advirtieron que las decisiones de los Estados deben ser razonables y tener en cuenta que existe un plexo normativo que reconoce a “toda persona” derechos que no pueden ser suprimidos o reducidos, citando de ejemplo a la Convención Americana de Derechos Humanos que contempla el derecho de circulación y de residencia de toda persona, admitiendo su restricción por medio de una ley que debe

respetar el principio de proporcionalidad. También traen a colación lo desarrollado por la Corte Interamericana que si bien reconoce el derecho de los Estados a iniciar acciones contra las personas migrantes que no cumplan el ordenamiento jurídico estatal, los Estados deben respetar sus derechos humanos y garantizar su ejercicio y goce a toda persona que se encuentre en su territorio, sin discriminación alguna por su situación de regularidad o irregularidad, nacionalidad, raza, género o cualquier otra causa. En efecto, plantean que “los argumentos basados en la soberanía estatal, como fundamento para legislar en esta temática, deben ponderarse a la luz de la vigencia de los derechos humanos sin discriminación”.

En referencia al control de constitucionalidad y convencionalidad, la Cámara expuso que tanto la CSJN como la CIDH han utilizado criterios más estrictos cuando están en debate normas que afecten derechos de las personas que pertenecen a grupos vulnerables como este caso con los inmigrantes, incluso invirtiendo la carga de la prueba, poniendo en cabeza del Estado la obligación de justificar cualquier diferencia en el trato. También se destacó que el Estado debe garantizar que el acceso a la justicia sea no sólo formal, sino real, cuestión que en el Decreto N° 70/17 no se estaría cumpliendo, toda vez que por ejemplo se establecen plazos “fugaces” para impugnar las decisiones de expulsión en sede judicial o administrativa.

Por otro lado, analizaron el Art. 62 bis del mencionado decreto en tanto establece que la dispensa por reunificación familiar es una facultad exclusiva de la DNM y no puede ser otorgada judicialmente. En este sentido, concluyeron que si bien todo derecho es susceptible de ser reglamentado razonablemente, ninguno puede ser sustraído del control judicial. En consecuencia, prohibirles a los jueces conocer sobre esta dispensa, que puede ser sustancial para el procedimiento migratorio, vulnera los estándares constitucionales y convencionales en la materia, violando manifiestamente el derecho de defensa de los extranjeros.

Finalmente, se expuso que el DNU N° 70/17 constituye “una apropiación de facultades legislativas sin causa constitucional que la legitime” y “recoge en su articulado soluciones que son incompatibles con los estándares constitucionales y de derechos humanos que forman parte de las condiciones de vigencia de los instrumentos internacionales en la materia”.

Asimismo, el Tribunal concluyó que el DNU N° 70/2017 avanzó sobre competencias del Congreso de la Nación, sin respetar los presupuestos fácticos del artículo 99.3 CN, y a la vez, presentaba vicios en su causa, en su objeto, en su finalidad y en su motivación, tornándolo un acto nulo de nulidad absoluta e insanable.

Frente a esta situación el Estado recurrió la situación frente a la CSJN, y en el año 2020 se expidió la Procuración General de la Nación dictaminando que el recurso debía declararse inadmisibles toda vez que los agravios fueron solo una mera repetición de afirmaciones que no lograron desvirtuar los argumentos esgrimidos por la Cámara.

A partir de este fallo, se siguieron muchos otros planteos de similar tenor, haciendo alusión y trayendo de antecedente al fallo del CELS, pero no logrando el mismo resultado. Por ejemplo en el caso Olivares Romero<sup>57</sup>, el recurrente interpuso un recurso judicial contra disposiciones de la DNM, solicitando que se revoque la orden de expulsión en su contra con prohibición de reingreso con carácter permanente, y requirió la declaración de inconstitucionalidad de los Arts. 4, 7, 9 y subsiguientes del DNU N° 70/17. Fundamentó sus planteos en la solución adoptada por la Sala V en el ya mencionado “Caso CELS”, interpretando que el decreto implica la violación del principio de inocencia e igualdad consagrado en la Constitución Nacional y tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional.

La Cámara en su análisis trajo a colación el Caso Vélez Loo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pero para entender que la determinación de la política migratoria es potestad de los Estados, quienes cuentan con un ámbito de discrecionalidad a tal fin. Asimismo, cito a la CSJN para sostener que la Nación tiene como poder inherente a su soberanía la facultad de prohibir la entrada de extranjeros a su territorio o de admitirlos en los casos y bajo las condiciones que ella juzgue libremente prescribir, y que el derecho de cada Estado de regular y condicionar la admisión de extranjeros en la forma y medida en que lo requiera el bien común en cada circunstancia, en principio no es incompatible con las garantías constitucionales consagradas. Entonces, el Tribunal entendió que aunque el derecho a la migración es esencial e inalienable de la persona, y la República Argentina lo garantiza sobre la base de los principios de igualdad, resulta indiscutible que participa de la misma cualidad

---

<sup>57</sup>Cámara Contencioso Administrativa Federal, Sala II, “Olivares Romero, Robert Jorman c/EN – M. Interior OP y V – DNM s/recurso directo DNM”, 23/02/21.

que identifica a todas las prerrogativas reconocidas por nuestra Ley Fundamental: la ausencia de carácter absoluto, lo que impone su consecuente adecuación o reglamentación razonable para que pueda gozar de efectividad y vigencia. Al respecto, se ha dicho que “reglamentar un derecho es limitarlo y hacerlo compatible con el derecho de los demás dentro de la comunidad y con los intereses superiores de esta última”.

Ahora bien, respecto de la inconstitucionalidad del DNU N° 70/17 en este caso, la Cámara interpretó que si bien corresponde realizar el análisis de las circunstancias excepcionales de necesidad y urgencia que ameritaron el dictado del reglamento, es quien invoca la inexistencia de una circunstancia fáctica excepcional que admite recurrir a un decreto de necesidad y urgencia, quien debe acreditar fehacientemente esta circunstancia, situación que no se daba en el caso. En tal sentido, entendió que la parte actora no logró argumentar de forma suficiente de modo expreso y concreto, las supuestas falencias achacadas a la norma impugnada y recordó que la declaración de inconstitucionalidad configura un acto de suma gravedad institucional, y debe considerarse de última ratio. En tal sentido, expusieron que si bien los tribunales deben abstenerse de entrometerse en las razones de oportunidad, mérito o conveniencia de los actos administrativos en los que se instrumenta dicha política, ello no obsta a que se despliegue con todo vigor el ejercicio del control constitucional de la razonabilidad de las leyes y de los actos administrativos. En tal sentido, se entendió que sólo corresponde declarar la invalidez o inconstitucionalidad de éstos, cuando se halle constatada la iniquidad manifiesta de una norma, supuesto que no se daba en el caso en concreto.

#### **VII. B) 6. A partir de la derogación del DNU N° 70/17**

Una vez derogado el DNU, situación que estudiaremos en el siguiente apartado, se han suscitado algunos conflictos respecto de la norma aplicable. Por ejemplo en el caso “Pfannshmidt”<sup>58</sup>, se compararon los regímenes del Decreto N° 70/17 y el de la Ley de Migraciones, que fue restaurado por el Decreto N° 138/21, respecto de las previsiones del Art. 29.

---

<sup>58</sup>CSJN, “Pfannshmidt Morales, Claudio Guillermo c/ DNM s/ contencioso administrativo – varios”, 27/09/22, Fallos 345:1079.

En este caso, la Dirección Nacional de Migraciones a través de dos disposiciones, había declarado irregular la permanencia en el país de Claudio Pfannshmidt Morales –de nacionalidad chilena– ordenando su expulsión del territorio argentino y prohibiendo su ingreso por el término de 10 años.

Tanto la primera instancia, como la Sala A de la Cámara Federal de Mendoza, habían rechazado el recurso judicial deducidas contra las mencionadas disposiciones, por entender que se ajustaban a lo previsto en el Art. 29 inc. C de la Ley 25871, modificado por el DNU N° 70/17, toda vez que el actor había sido condenado por el delito de contrabando a dos años de prisión.

Además, desestimó el planteo que se había realizado respecto del principio de irretroactividad de la ley por considerar que la cuestión debía resolverse de acuerdo a la norma vigente en aquel momento, es decir con las modificaciones incorporadas por el DNU 70/17. Por último, no hizo lugar a los agravios respecto de la inconstitucionalidad de dicho decreto.

Ahora bien, en este contexto, la CSJN analizó que con el Decreto N° 138/21 se restituyó la vigencia de las normas que habían sido modificadas, sustituidas o derogadas por el Decreto N° 70/17, y en consecuencia varió sustancialmente el encuadre normativo que debe tenerse en cuenta para examinar la situación del actor.

Entonces, la CSJN entendió que el cambio normativo operado introdujo una profunda modificación en las características que deba reunir la condena penal que pesa sobre el inmigrante para motivar la expulsión del país por parte de la DNM, y –en consecuencia– revocó la sentencia de Cámara por entender que correspondía aplicar la Ley N° 25871 en lo que respecta a la pena a tener en cuenta para aplicar el Art. 29. Esto sería haber sido condenado, estar cumpliendo condena o tener antecedentes por delitos que merezcan la pena de 3 años o más de prisión. El DNU N° 70/17 como ya hemos visto, ampliaba el concepto de antecedente, y quitaba los años de pena como causal.

### VII. C) El caso “Vélez Loor vs. Panamá”<sup>59</sup>:

Si bien en este caso Argentina no fue parte, y es previo a la sanción del Decreto N° 70/17, es interesante traerlo a colación por el análisis que se hizo allí respecto de algunas cuestiones migratorias. En efecto, dio sustento a muchos de los fallos que ya hemos desarrollado.

En tal sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos entendió que los Estados pueden establecer mecanismos de control del ingreso y salida de su territorio, en el ejercicio de su facultad de fijar políticas migratorias, siempre que las mismas sean “compatibles con las normas de protección de los derechos humanos” establecidas en la Convención Americana. También se refirieron a la situación de vulnerabilidad en que se encuentran algunos migrantes, siendo más expuestos a que sus derechos sean violados y sufrir una desprotección y un menor acceso a recursos públicos y a la justicia.

Por otra parte, es importante destacar que la Corte determinó que la revisión por parte de un juez o tribunal es un requisito fundamental para garantizar un adecuado control de los actos de la administración que afecten derechos fundamentales. En esa misma inteligencia, resaltó respecto de los recursos que a fin de considerarlos efectivos deben garantizar la asistencia letrada.

Respecto de las detenciones migratorias, la Corte IDH consideró que deben respetar la garantía establecida en el Art. 7.5 de la Convención que dispone que: “*Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez*”, con fundamento en los principios de control judicial e intermediación procesal. Además, entendió como arbitrarias cualquier política migratoria cuyo eje sea la detención obligatoria de los migrantes irregulares, sin que las autoridades competentes evalúen e identifiquen en cada caso, la posibilidad de utilizar medidas menos restrictivas.

---

<sup>59</sup>Corte IDH, “Caso Vélez Loor vs. Panamá, Resumen oficial emitido por la Corte”, Sentencia del 23 de Noviembre de 2010.

## **VIII – La derogación del Decreto N° 70/17**

En este último apartado, abordaremos el DNU N° 138/21 que derogó el DNU N° 70/17 volviendo así al régimen anterior de la Ley de Migraciones N° 25871, analizando los antecedentes y fundamentos utilizados por el Poder Ejecutivo.

Luego de aproximadamente cuatro años de vigencia del Decreto de Necesidad y Urgencia N° 70/17, fue derogado –manteniendo el paralelismo de formas– por el Decreto de Necesidad y Urgencia N° 138/21.

En el mismo, se realizó en sus considerandos un análisis de las modificaciones que se habían materializado a través del Decreto N° 70/17, sus implicancias y situación del contexto.

En tal sentido, el DNU N° 138/21 planteó que diversos aspectos de fondo de dicha norma eran “irreconciliables” con la Constitución Nacional y el sistema internacional de Derechos Humanos. Entre ellos nombró algunos como la violación al principio del debido proceso, al derecho a contar con asistencia y defensa legal, la restricción a un control amplio y suficiente del poder judicial sobre los actos de la autoridad administrativa, la amplitud con la que se prevé la retención preventiva del y de la migrante sin definir las causas que la habilitan y la restricción a los derechos de reunificación familiar y dispensa por razones humanitarias.

Analiza también, que todas estas situaciones no han evidenciado mejora alguna que se pueda ponderar en otros aspectos, y de forma contraria, agravó la litigiosidad de forma exponencial en materia migratoria.

En ese sentido, mencionó el fallo que ya hemos desarrollado del CELS, donde la Cámara Contencioso Administrativo Federal declaró la invalidez del decreto, por presentar caracteres regresivos en relación con la legislación previa, incompatibles con los estándares constitucionales y de derechos humanos vigentes en nuestro ordenamiento jurídico.

Asimismo, trae a colación las reiteradas manifestaciones de diversas instituciones internacionales respecto del decreto. En ese sentido, desarrolla que el 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, todos ellos de la ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, han expresado su profunda preocupación y han instado al Estado Argentino a derogar dicho decreto.<sup>60</sup> Por otra parte, se tuvo también en cuenta la postura de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en cuanto a la protección de los migrantes, quien ha señalado en el caso Vélez Loor –que ya tratamos en el apartado de jurisprudencia– que los Estados deben respetar sus derechos humanos y garantizar su ejercicio y goce a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción, sin discriminación alguna por su regular o irregular estancia, nacionalidad, raza, género o cualquier otra causa; existiendo límites a la aplicación de las políticas migratorias que imponen un apego estricto a las garantías del debido proceso y al respeto de la dignidad humana, cualquiera que sea la condición jurídica del o de la migrante. Además, incluyó la postura de esta Corte también respecto de entender que la protección de los derechos humanos requiere que los actos estatales que los afecten de manera fundamental no queden al arbitrio del poder público, sino que estén rodeados de un conjunto de garantías enderezadas a asegurar que no se vulneren los atributos inviolables de la persona.

A partir de estos fundamentos, es que se decidió derogar la norma en cuestión, restituyendo así la norma que había sido modificada, volviendo a la redacción anterior y con el fin de adecuar el derecho interno en materia de migrantes a los criterios internacionales.

Por último, el Decreto N° 138/21 previó también la creación de la “Comisión Asesora de Política Migratoria”, en el ámbito de la Dirección Nacional de Migraciones, a efectos de proponer medidas –no vinculantes– respecto de la aplicación y actualización de la Ley de Migraciones N° 25781, con el objeto de elaborar un proyecto de ley sobre la temática.

Podemos afirmar que este decreto que vino a derogar el DNU N° 70/17, tomó como antecedentes todo lo que fuimos desarrollando a lo largo del trabajo, en cuanto a la jurisprudencia a nivel nacional, internacional, posturas de distintas organizaciones, y

---

<sup>60</sup>Conforme las “Observaciones finales sobre el segundo informe periódico de la Argentina”, aprobadas por el Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares en su 443° sesión celebrada el 11 de septiembre de 2019; “Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados de la Argentina” aprobadas por el Comité de los Derechos del Niño en su 2310° sesión celebrada el 1° de junio de 2018; y “Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados de la Argentina” aprobadas por el Comité Contra la Tortura en su 1537° sesión celebrada el 10 de mayo de 2017.



tomó una decisión que era fundamental para garantizar los derechos de las personas inmigrantes en Argentina.

## **IX – Conclusiones**

De todo el análisis realizado, podemos arribar a algunas conclusiones que tienen que ver con las políticas migratorias llevadas a cabo con el dictado del DNU N° 70/17 y por otra parte, con conclusiones respecto de la utilización de la herramienta del reglamento de necesidad y urgencia, en lugar de realizar el procedimiento normal de sanción de leyes.

En ese sentido, siguiendo el recorrido realizado en los apartados II, IV y V, y las comparaciones allí plasmadas, podemos destacar que muchas de las cuestiones que fueron modificadas, agregadas o derogadas a través del DNU N° 70/17, parecerían responder a políticas más restrictivas y limitantes respecto de los inmigrantes y sus derechos amparados por la ley anterior.

En nuestro país, donde tanto desde la Constitución Nacional como el bloque de convencionalidad en su conjunto, se garantiza el derecho a la igualdad y el derecho de defensa –entre otros– y se les da un tratamiento inclusivo e integrador a las personas extranjeras, un DNU con esas medidas no se correspondía.

Por otra parte, y retomando el concepto de mínimo existencial indisponible, debemos reiterar que el derecho administrativo debe dar respuestas teniendo en cuenta la naturaleza de los derechos implicados en cada caso, y en tal sentido, siempre debe ser respetando el bloque de convencionalidad y el Estado de Derecho, motivo por el cual compartimos todo lo desarrollado tanto por la Sala V de la Cámara Contencioso Administrativo como por la Procuración General, en el ya mencionado caso “CELS”, que tildan de inconstitucional el DNU N°70/17.

Por último, y también recogiendo la perspectiva del bloque de convencionalidad y el respeto a los derechos humanos y fundamentales, debemos destacar como un hecho positivo el que se haya derogado el DNU N° 70/17, volviendo a la Ley de Migraciones N° 25871. Si bien pueden ser discutidas algunas cuestiones contempladas en la ley, y haber modificaciones necesarias, deben ser objeto de discusión, debate, buscando participación y consenso de los distintos sectores.

Ahora bien, por otra parte y a la luz de lo plasmado en el apartado III y VI, podemos advertir que la herramienta utilizada –DNU– no se encontraba fundamentada según el desarrollo doctrinario y jurisprudencial al respecto. En ese sentido, está claro que en ese

momento podían reunirse las cámaras, y la inmediatez necesaria en las medidas, no solo que no pudo demostrarse, sino que no hay ningún indicio que nos haga interpretar que no se podía seguir el procedimiento normal de sanción de leyes.

Estos extremos, hace algún tiempo atrás, eran quizás más complicado de poder aplicarlos a una situación clara. Por ejemplo, se hacía difícil imaginar una hipótesis donde no pudieran reunirse las cámaras. Sin embargo, en la actualidad, habiendo transitado la pandemia del Coronavirus, y las cuarentenas –sobre todo las primeras semanas donde ningún sistema estaba preparado para la virtualidad– pudimos ver allí una clara situación que ameritaba la utilización de esta herramienta.

Entonces, hoy se ve con más certeza los casos donde se legisló a través de los decretos de Necesidad y Urgencia, utilizando dicha figura de forma abusiva y sin fundamento, solo para lograr tomar las medidas que el Poder Ejecutivo pretendía, sin la necesidad de realizar el trámite legislativo correspondiente.

Como conclusión entonces, podemos advertir que la reforma legislativa introducida a través del DNU N° 70/17 del Poder Ejecutivo Nacional, no cumplía con los recaudos sustanciales y formales que habilitan su dictado. Ello por cuanto, más allá de las alegaciones vertidas por el Poder Ejecutivo para dictar el mismo, lo cierto y concreto es que no habría impedimento material para que el Poder Legislativo trate la materia en cuestión ni existía una situación de urgencia que haya ameritado la inmediata medida por fuera de los canales establecidos en nuestra Constitución Nacional para la sanción de leyes.

Asimismo, ha quedado expuesto que la medida utilizada también es muy cuestionable por el contenido, toda vez que regula y limita derechos constitucionales y convencionales. En esa inteligencia, es un dato de gravedad, el hecho de pasar de una ley como mencionamos que fue la Ley de Migraciones N° 25871, fruto de un profundo análisis y debate, a un decreto de necesidad y urgencia, resultado de la discrecionalidad del Poder Ejecutivo.

Por último, podemos concluir que si bien la reforma constitucional tuvo por objeto un control posterior por parte del Congreso a los reglamentos de necesidad y urgencia, no se ha cumplimentado tal cual se previó, encontrándonos en reiteradas oportunidades –

como en el DNU N° 70/17 – con la ausencia de dictamen de la Comisión Bicameral Permanente y por ende, del procedimiento posterior en las Cámaras.

## **BIBLIOGRAFIA**

### **Doctrina:**

- ALFONSO, Adriana, “La experiencia de los países suramericanos en materia de regularización migratoria”, *OIM*, Buenos Aires, 2013.
- BALBIN, Carlos F., *Manual Derecho Administrativo*, La Ley, 2011.
- BARRA, Rodolfo y LICHT, Miguel, “Los decretos de Necesidad y Urgencia”, *La Ley*, 03/03/2016.
- BARRA, Rodolfo, “Decretos de Necesidad y Urgencia. El caso Rodríguez”, *La Ley* 1998 B, 1362.
- CELS (Centro de Estudios Legales y Sociales), “El DNU contra las personas migrantes: una política selectiva y diferenciada”, 2018 (disponible en <https://www.cels.org.ar/web/2018/01/dnu-migrantes-una-politica-selectiva-y-diferenciada/>. Consulta el 02/08/2019)
- CERIANI CERNADAS, Pablo, “A dos años de la nueva ley de migraciones”, Cap. XV en CELS, *Informe 2005 Derechos Humanos en Argentina*, Siglo Veintiuno Editores, 2005.
- COMADIRA, Julio. R., *Curso de Derecho Administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012.
- COMADIRA Julio R., “Los decretos de necesidad y urgencia en la reforma constitucional”, *La Ley* 1995-B, 825.
- DOMENECH, Eduardo, “La agenda política sobre migraciones en América del Sur, el caso de argentina”, *Revue Européenne des Migrations Internationales*, 2007.
- GELLI, María Angélica, “Controles sobre los decretos de necesidad y urgencia. De "Rodríguez" a "Verrocchi". ¿El regreso de "Peralta"?", *LA LEY* 2000-A, 86 - Derecho Constitucional - Doctrinas Esenciales Tomo I, 01/01/2008.
- GONZALEZ SAN JUAN, María Lourdes, “Expulsión en el extranjero por razones penales en el régimen argentino”, *Revista Pensar en Derecho N°19*, *EUDEBA, UBA*, 2021.  
(disponible en <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/19/expulsion-del-extranjero-por-razones-penales-en-el-regimen-argentino.pdf> Consulta el 12-12-22)

- GUASTI, Luis Alejandro, “El control de convencionalidad de la política migratoria a la luz de la última modificación de la ley 25871”, *El Derecho*, Septiembre de 2017.
- MAIRAL, Héctor, “La degradación del derecho público argentino”, en *El derecho administrativo de la emergencia IV*, AA.VV, Fundación Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2005.
- MARIENHOFF, Miguel S, *Tratado de Derecho Administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011, t. I.
- MARMORA, Lelio., “Las políticas de migraciones internacionales”, *OIM/Alianza Editorial*, 1997.
- MODOLO, Vanina, “La política de expulsión de extranjeros en Argentina. Continuidad o quiebre en la actual Ley de Migraciones”, X Jornadas Argentinas de Estudios de Población, *Asociación de Estudios de Población de la Argentina*, San Fernando del Valle de Catamarca, 2009.
- MONCLUS MASO, Marta, “La reforma de la Ley de migraciones mediante Decreto de Necesidad y Urgencia: un retroceso en la política de derechos humanos”, *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, Volumen 18, 2017.
- RODRIGUEZ, María José, “Hacia un derecho administrativo que modula sus respuestas según la naturaleza del derecho fundamental implicado y preserva con acciones positivas el mínimo existencial indisponible, 2019 (disponible en <https://cijur.mpba.gov.ar/doctrina/14829> Consulta el 14/06/22).
- SANCHEZ VIAMONTE, Carlos., “Biografía de una Ley Antiargentina: la ley 4144”, *NEAR*, 1956.
- YLARRI, Juan S. y TIMPANARO, Adrián R., “La pauperización del procedimiento de sanción de leyes a propósito del digesto jurídico argentino”, *Erreius on line - Errepar*, Diciembre de 2014.
- YLARRI, Juan S., “La división de poderes en la emergencia económica en Argentina”, *Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, N° 32, 2015.
- ZICAVO, Ma. Florencia, *Régimen Migratorio y de ciudadanía argentina*, El Dial Libros, Buenos Aires, 2022.

## **Jurisprudencia:**

### **CSJN:**

- CSJN, “Peralta, Luis A. y otro c/ Estado Nacional (Ministerio de Economía - B.C.R.A)”, 27/12/1990, Fallos: 313:1513.
- CSJN, “Rodríguez, Jorge en: Nieva, Alejandro y otros c/ Poder Ejecutivo Nacional”, 17/12/1997, Fallos: 320:2851.
- CSJN, “Verrocchi, Ezio Daniel c/ Poder Ejecutivo Nacional - Administración Nacional de Aduanas s/ acción de amparo”, 19/08/1999, Fallos: 322:1726.
- CSJN, “Consumidores Argentinos c/ EN- PEN- Dto. 558/02-SS- ley 20.091 s/ amparo ley 16.986”, 19/05/2010, Fallos: 333:633.
- CSJN, “Repetto, Inés María c/ Pcia. de Bs. As. s/ inconstitucionalidad de normas legales”, 8/11/1988, Fallos 312:1902.
- CSJN, “Gottschau, Evelyn Patrizia c/ Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Bs. As. s/ amparo”, 8/8/06, Fallos 329:2986.
- CSJN, “Hooft, Pedro C.F. c/ Pcia. De Buenos Aires c/ Pcia. de Buenos Aires s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, 16/11/04, Fallos 327:5118
- CSJN, “Gorordo Allaria de Kralj, Haydée María c/ Estado Nacional (Ministerio de Cultura y Educación)”, 4/2/99, Fallos 322:73.
- CSJN, “Otoya Piedra, César Augusto vs. Estado Nacional y otros. Recurso directo Dirección Nacional de Migraciones”, 07/12/2021, Fallos 344:3600.
- CSJN, “Pfannshmidt Morales, Claudio Guillermo c/ DNM s/ contencioso administrativo – varios”, 27/09/22, Fallos 345:1079.

### **Cámara Contencioso Administrativo Federal:**

- Cámara Contencioso Administrativa Federal, Sala IV, “X., W. c/ Estado Nacional – Dirección Nacional de Migraciones s/ Recurso directo DNM”, 19/10/17.
- Cámara Contencioso Administrativa Federal, Sala IV, “X., W. c/ Estado Nacional – Dirección Nacional de Migraciones s/ Recurso directo DNM”, 19/10/17.

- CNACAF I, “Minaya Vallejo, María Casilda c/ EN – M. Interior OP y V – DNM s/ Recurso Directo DNM”, 21/12/2018 y CNACAF III, “R.R.J.G. c/ EN – M. Interior OP y V – DNM s/ Recurso Directo DNM”, 12/09/17.
- Cámara Contencioso Administrativa Federal, Sala IV, “G.F.S. c/ EN – Min. Interior – DNM – Disp. 260/13 y otro s/recurso directo DNM”.
- Cámara Federal Contenciosa Administrativa, Sala I, “Garcete Báez Víctor Hugo c/ EN – DNM s/ Recurso Directo DNM”, 15/12/20.
- Cámara Federal Contenciosa Administrativa, Sala I, “Yang, Zheng c/ EN – DNM s/ Recurso Directo DNM”, 08/05/19.
- Cámara Contencioso Administrativa Federal, Sala IV, “X., W. c/ Estado Nacional – Dirección Nacional de Migraciones s/ Recurso directo DNM”, 19/10/17.
- Cámara Contencioso Administrativa Federal, Sala V, “Centro de Estudios Legales y Sociales y otros s/ EN – DNM s/amparo ley 16985”, 22 de Marzo de 2018.
- Cámara Contencioso Administrativa Federal, Sala II, “Olivares Romero, Robert Jorman c/EN – M° Interior OP y V – DNM s/recurso directo DNM”, 23/02/21.

**Otras jurisdicciones:**

- Cámara Federal de Salta, Sala I, “Chen Huagui c/ Dirección Nacional de Migraciones s/ orden de retención migraciones”, 28/07/17.
- Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Bs. As., “Asociación por los Derechos Civiles c/ GCBA s/ Acción Declarativa de Inconstitucionalidad”, Año 2004.
- Corte IDH, “Caso Vélez Loor vs. Panamá, Resumen oficial emitido por la Corte”, Sentencia del 23 de Noviembre de 2010.

**Sitios webs consultados:**

- [www.cels.org.ar](http://www.cels.org.ar)
- [www.academia.edu](http://www.academia.edu)
- [www.sajj.gob.ar](http://www.sajj.gob.ar)
- [www.derecho.uba.ar](http://www.derecho.uba.ar)



- [www.infoleg.gob.ar](http://www.infoleg.gob.ar)
- [www.argentina.gob.ar](http://www.argentina.gob.ar)
- [www.sj.csjn.gov.ar](http://www.sj.csjn.gov.ar)