

El Ejercicio del Poder de Policía Migratorio a través de los decretos legislativos dictados por razones de necesidad y urgencia

A propósito del DNU 70/17

Por Santiago Lauhirat

I. Introducción [\[arriba\]](#)

El objetivo del presente trabajo radica en el análisis normativo del poder de policía en materia migratoria. En particular, me referiré a las disposiciones de la Ley N° 25.871, su decreto reglamentario 616/10 y, finalmente, a las modificaciones introducidas por el reciente decreto de necesidad y urgencia 70/17 que introdujo cambios sustantivos y procedimentales en el régimen migratorio nacional.

En la primera parte del trabajo realizará una descripción de las normas y principios que caracterizan el régimen migratorio nacional de cara al ejercicio del poder de policía estatal. Luego, explicaré en qué consistieron las principales modificaciones introducidas por el decreto 70/17 y cuál su tratamiento judicial. Finalmente, haré referencia a las problemáticas derivadas de acudir a este tipo de legislación presidencial a fin de regular la cuestión migratoria a la luz del derecho internacional de los derechos humanos.

II. El régimen normativo migratorio [\[arriba\]](#)

La Ley N° 25.871 y su decreto reglamentario 616/10 regulan la admisión, ingreso, permanencia y el egreso de personas calificadas como “inmigrantes”, esto es, aquellos extranjeros que deseen ingresar, transitar, residir o establecerse en forma definitiva, temporaria o transitoria en nuestro país a la luz de la legislación vigente.

Dentro de los principios-objetivos que rigen la ley, en el art. 3, se encuentran, en lo que aquí interesa:

- 1) Dar cumplimiento a los compromisos internacionales asumidos por nuestro país en materia de derechos humanos, integración y movilidad de los migrantes.
- 2) Contribuir al enriquecimiento y fortalecimiento del tejido cultural y social del país.
- 3) Garantizar el ejercicio del derecho a la reunificación familiar.
- 4) Inclusión de las personas admitidas como residentes permanentes; asegurando que en dicho proceso de admisión se vele por el principio de igualdad y no discriminación.
- 5) Facilitación de la entrada de visitantes a nuestro país a fin de impulsar el turismo, el comercio, las actividades culturales, científicas o tecnológicas.
- 6) Promoción del orden internacional y la justicia, denegando el ingreso y/o permanencia en nuestro territorio a personas involucradas en actos reprimidos penalmente por nuestra legislación.

Dicho lo anterior, la referida ley reconoce al “derecho a la migración” como esencial e inalienable y establece la obligación estatal de garantizar las condiciones para la efectiva igualdad de trato a fin de que los extranjeros puedan ejercer sus derechos y obligaciones en la medida en que satisfagan los requisitos de admisión y permanencia en nuestro territorio. En particular, el legislador pone énfasis en el derecho a la educación y a la salud/ asistencia social en tanto la irregularidad migratoria de un extranjero no puede constituirse como óbice para el acceso a la educación pública o privada o al sistema de salud, debiendo las autoridades correspondientes brindar asesoramiento a fin de que aquéllos puedan subsanar las referidas irregularidades. En esta línea, el Estado posee un deber de información respecto de los migrantes y sus familias acerca de sus derechos y obligaciones y, en particular, de los requisitos de admisión, permanencia y egreso y, vinculado con esto último, un deber de implementar medidas tendientes a regularizar la situación migratoria de los extranjeros.

En cuanto a la admisión de los extranjeros para el ingreso y permanencia en el país, el legislador trazó distintas categorías diferentes, a saber: residentes permanentes[1], temporarios[2], transitorios[3] y precarios. Los residentes temporarios y transitorios podrán permanecer en el país durante el plazo de permanencia autorizado, con sus debidas prórrogas, y deben abandonarlo al expirar dicho plazo. Por su parte, la residencia precaria se obtiene hasta tanto se formalice el trámite correspondiente de admisión y, dada su naturaleza, es revocable cuando se desnaturalicen los motivos que se tuvieron en cuenta para su otorgamiento. Asimismo, su validez es de hasta noventa días corridos[4] con posibilidad de renovación hasta la resolución de la admisión solicitada, y habilita a sus titulares para permanecer, salir, reingresar al territorio nacional, trabajar y estudiar durante su período de vigencia. Sin embargo, no genera un derecho a obtener una resolución favorable respecto de la admisión solicitada ni resulta residencia válida a los efectos del arraigo, necesario para la obtención de la residencia permanente o para la adquisición de la nacionalidad por naturalización. El decreto 70/17, en su art. 3°, incorpora la figura del “permiso de permanencia transitoria” para los casos de interposición de recursos administrativos o judiciales contra medidas de declaración de irregularidad cuya validez es de hasta noventa días corridos, renovables hasta la resolución de los recursos interpuestos, pero no habilita el reingreso de su titular al país.

En el art. 29 de la Ley N° 25.871, modificado por el decreto 70/17, se prevén las causas impidientes del ingreso y permanencia de extranjeros en el territorio nacional. En total son trece y una mención especial merece el previsto en el inc. c) referido a “Haber sido condenado o estar cumpliendo condena, en la Argentina o en el exterior, o tener antecedentes por tráfico de armas, de personas, de estupefacientes o por lavado de dinero o inversiones en actividades ilícitas o delito que merezca para la legislación argentina pena privativa de la libertad de tres (3) años o más”, ya que, recientemente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación interpretó su alcance dejando en claro que “quien en el país o en el exterior haya sufrido condena penal -o tuviera antecedentes- por alguno de los delitos mencionados, o por delitos cuya pena mínima en la legislación argentina esté prevista en tres o más años de prisión, encuadraría en la causal impediende reglada en la norma”[5].

En otro orden de cosas, la Ley N° 25.871 también limita el ingreso y egreso de personas al territorio nacional exclusivamente por los lugares habilitados por la Dirección Nacional de Migraciones, sean éstos terrestres, fluviales, marítimos o aéreos; y admite la posibilidad de autorizar la entrada a los extranjeros que no

reúnan los requisitos legales y reglamentarios, cuando existan razones excepcionales de índole humanitaria, interés público o cumplimiento de compromisos adquiridos por la Argentina.

Una particular expresión del ejercicio del poder de policía reconocido en la Ley N° 25.871 guarda relación con la restricción al derecho al trabajo y alojamiento de los extranjeros. En efecto, la citada norma establece una diferencia entre residentes permanentes y transitorios. Los primeros pueden desarrollar tareas o actividades remuneradas o lucrativas, por cuenta propia o en relación de dependencia. Por su parte, los segundos no pueden realizarlas salvo que se trate de la subcategoría de “trabajadores migrantes estacionales” o por autorización expresa de la Dirección Nacional de Migraciones. La prohibición de trabajar o realizar tareas remuneradas pesa, también, para aquellos extranjeros que residen irregularmente en el país. En este sentido, la referida prohibición se extiende a losadores de trabajo y alojamiento que, frente a su incumplimiento, son pasibles de sanciones pecuniarias en forma solidaria.

El ámbito donde se observa con mayor fuerza el poder de policía estatal en materia migratoria es el de la declaración de ilegalidad y cancelación de permanencia. Al respecto, constatada la irregularidad de la permanencia de un extranjero en nuestro territorio, la Dirección Nacional de Migraciones debe conminar a regular su situación en un plazo perentorio, bajo apercibimiento de ordenar su expulsión. En caso de decretar la expulsión, ésta tiene efecto suspensivo y se da intervención al Poder Judicial a fin de la fiscalización de la decisión administrativa.

En el art. 62 de la ley migratoria, modificado por el decreto 70/17, se fijan las causales de cancelación de la residencia y eventual expulsión. A título ejemplificativo, puede mencionarse: si el residente hubiese sido condenado en nuestro país o en el exterior, aunque aquélla no se encuentre firme, respecto de delitos de tráfico de armas, de personas, de estupefacientes, de órganos y tejidos, o por lavado de dinero o inversiones en actividades ilícitas; si, con el fin de obtener un beneficio migratorio o la ciudadanía argentina, se hubiese articulado un hecho o acto simulado o en fraude a la ley; si, en términos generales, se desnaturalizaron las razones que motivaron la concesión de una residencia permanente, temporaria o transitoria.

En lo atinente a los efectos jurídicos derivados de la cancelación, cabe mencionar que ésta conlleva la conminación a hacer abandono del país dentro de un plazo o, en su caso, la expulsión del territorio que, a su vez, lleva implícita la prohibición de reingreso permanente o por un término no inferior a ocho años, pudiendo ser dispensada por la autoridad migratoria.

Dicho esto, corresponde ahora hacer mención a la incorporación introducida por el decreto 70/17 consistente en el “procedimiento migratoria especial sumarísimo” que fue objeto de críticas constitucionales y que la Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal ha declarado inconstitucional en el marco de una acción colectiva impulsada por el CELS; pronunciamiento al que se hará referencia más abajo.

Conforme se desprende de la motivación del decreto 70/17, la finalidad de la incorporación de este procedimiento sumarísimo se encuentra en la aceleración de los procedimientos administrativos y judiciales en materia migratoria, ya que la prolongada extensión suscita incertidumbre en el migrante sobre su situación y

dificulta la tarea de la Dirección Nacional de Migraciones en punto a garantizar el cumplimiento de la ley migratoria de cara a la seguridad pública.

Desde esta óptica, el Poder Ejecutivo considera que la razonabilidad del plazo de duración del proceso reviste gran importancia para el respeto al debido proceso legal lo que justifica, a su criterio, la regulación inmediata del procedimiento sumarísimo aplicable a los casos de extranjeros involucrados en hechos delictivos y a quienes hubieren ingresado en forma clandestina al país, eludiendo los controles migratorios.

En sus aspectos medulares, el nuevo procedimiento administrativo establece que su inicio puede ser contemporáneo al pedido de retención preventiva a fin de asegurar la medida de expulsión. Una vez dispuesta, el interesado puede interponer un recurso jerárquico en el plazo perentorio de tres días hábiles desde su notificación[6] y, una vez resuelto, se agota la vía administrativa, pudiéndose interponer, luego, un recurso judicial también en el plazo de tres días hábiles desde su notificación. Una vez firme la expulsión del extranjero, la Dirección Nacional de Migraciones procede a solicitar la retención al sólo y único efecto de cumplir aquélla[7]. Por último, con relación al procedimiento, cabe destacar el art. 24 del decreto 70/17, que modifica el art. 86 de la Ley N° 25.871, que reconoce el derecho a la asistencia jurídica gratuita y de intérprete en tanto se carezca, en forma acreditada, de medios económicos. A fin de contar con dicha asistencia, se exige que sea requerida expresamente por el interesado y, luego de ello, la Dirección Nacional de Migraciones procede a notificar al defensor público oficial para que asuma la intervención que le corresponde.

III. El precedente judicial “CELS” [\[arriba\]](#)

El 22 de marzo de 2018 la Sala V de la Cámara Contencioso Administrativo Federal declaró la invalidez constitucional del decreto 70/17 por entender que el Poder Ejecutivo había avanzado sobre competencias del Congreso de la Nación, sin respetar los presupuestos fácticos del art. 99 inc.3 de la Constitución Nacional, sumado a los vicios en su causa, objeto, finalidad y motivación.

A fin de considerar que no se daban los extremos fácticos exigidos por el texto constitucional para dictar los decretos de necesidad y urgencia, el voto mayoritario -compuesto por los Dres. Treacy y Gallegos Fedriani-, invocando la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en “Verrochi”[8], explicó que las manifestaciones vertidas por el Poder Ejecutivo en la motivación del decreto se sustentaban en datos fácticos que no aparecen debidamente acreditados, ni en el texto decreto, ni en las presentaciones efectuadas por la Dirección Nacional de Migraciones en el juicio. A tales efectos, entendió que, dado el carácter excepcional de este tipo de decretos legislativos, la validez de dichas constataciones no pueden presumirse, máxime teniendo en cuenta que fijan condiciones regresivas en materia de protección de derechos humanos[9]. Asimismo, agregó que la fundamentación estadística invocada en la motivación no resultaba suficiente para justificar que se eluda la intervención del Poder Legislativo y, si bien podrían existir razones que hablarían de la conveniencia de modificar la regulación migratoria existente en el decreto no se exponen razones válidas para sostener la necesidad inmediata de modificar la ley eludiendo el trámite legislativo ordinario. Por otra parte, a efectos de justificar la ausencia de presupuesto fáctico, el voto aludió a la ausencia de pronunciamiento por parte del Congreso, luego de más de un año de dictado, sumado a que no se estimó que el tema justificara la convocatoria a sesiones extraordinarias por parte del Poder Ejecutivo.

En cuanto a la materia regulada a través del decreto 70/17, el voto mayoritario estimó que no se trataba de una materia prohibida, desechándose así el argumento de la asociación actora que justificó que el Poder Ejecutivo avanzaba sobre materia penal, vedada expresamente por el art. 99 inc. 3 de la Constitución Nacional. Al respecto, la materia regulada, a criterio del tribunal, fue la migratoria, que, aunque no pueda sostenerse que sea materia estrictamente penal, a la luz de los principios del derecho interno, correspondería aplicar las garantías penales en los procedimientos migratorios[10].

En otro orden de cosas, si bien el voto mayoritario no puso en tela de juicio la potestad estatal de fijar su política migratoria, ésta debe respetar los estándares internacionales sobre derechos humanos de los migrantes. En sentido, recordó que quien fija la política migratoria es el Congreso de la Nación y quien la ejecuta es el Poder Ejecutivo; y sostuvo que la soberanía estatal para regular estas temáticas deben ser ponderadas a la luz de la vigencia de los derechos humanos sin discriminación, máxime considerando que la regulación estatal está referida a un colectivo vulnerable dado el contexto histórico, la existencia de prejuicios culturales, étnicos, la xenofobia y el racismo[11].

Desde el punto de vista material, el voto mayoritario afirmó que el decreto establecía una serie de restricciones al debido proceso de los migrantes que no guardan relación ni proporción con los fines previstos en dicha norma dado que, a partir de la vinculación que se arguye entre criminalidad y migrantes, se establece un procedimiento sumarísimo de expulsión aplicable a cualquier extranjero, sin consideración a sus circunstancias personales, tenga o no antecedentes penales[12]. Por añadidura, destacó que el establecimiento de plazos fugaces para impugnar las decisiones administrativas de expulsión en sede administrativa y judicial, la falta de previsiones acerca de la defensa legal de los migrantes y el régimen de notificaciones no respetan el debido proceso adjetivo, dadas las condiciones que subyacen en el estatus migratorio[13].

En definitiva, a fin de justificar la invalidez constitucional del decreto, los jueces intervinientes tuvieron en cuenta la especial consideración que los instrumentos de derechos humanos establecen respecto de los migrantes y el debido proceso, de allí que no resulte permisible ni razonable, de cara a la necesidad y urgencia, la decisión de restringir sus derechos sin el dictado de una ley formal dictada por el Poder Legislativo[14].

IV. El ejercicio del poder de policía a través de los decretos legislativos dictados por razones de necesidad y urgencia [\[arriba\]](#)

a) Ley en sentido formal y material

La distinción, de origen alemana[15], entre ley formal y material ha provocado diversos conflictos de interpretación acerca del alcance de las competencias de los poderes públicos para regular determinadas materias. Según indica Maurer, la ley formal es todo acto de autoridad que ha sido dictado y aprobado por los órganos legislativos y a través de un procedimiento de igual característica. En cambio, ley material es toda regulación de alcance general vinculante[16]. Esta diferenciación pragmática y el incremento de tareas llevadas a cabo por la Administración, impulsará posteriormente, la necesidad de asegurar que, por su índole, determinadas materias queden exclusivamente bajo la órbita de regulación del

legislador democrático. Ello fue posible gracias a la técnica de reserva de ley incorporada en los textos fundamentales.

b) De la reserva de ley a la reserva de parlamento: la interpretación del Corte Interamericana de Derechos Humanos del art. 30 CADH

Enseña Otto Mayer que uno de los atributos esenciales de la supremacía de la ley es su reserva. Esto implica que en ciertas esferas de la actividad estatal no pueden actuar los poderes estatales sin una ley previa[17] asegurando, así, la protección del ciudadano a través de la limitación del poder de las autoridades públicas, la racionalidad propia del Estado de Derecho y la dirección legislativa de las decisiones de la administración[18].

Con todo, el principio de legalidad es pasible de múltiples apreciaciones. En efecto, del texto constitucional podemos advertir al menos tres formas de su expresión, con distinta intensidad en la protección de la esfera de intereses individuales, de este principio de legalidad o reserva de ley, a saber: 1) la simple reserva de ley o también denominada reserva de disposición jurídica; 2) reservas de ley expresas e implícitas; 3) reserva de parlamento.

Primeramente, la reserva de disposición jurídica o simple reserva de ley exige que la actividad ejercida por la Administración cuente con el fundamento de una regulación jurídica, pero esta puede adoptar no sólo la forma de una ley, sino también la de otros actos jurídicos, como el reglamento, ordenanzas, entre otros[19]. Este es el sentido de la regulación del art. 19 in fine CN cuando establece: “Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ello no prohíbe”. En consecuencia, toda la actuación de la Administración debe fundarse en una ley formal o material, en tanto normas jurídicas generales.

Asimismo, observamos que la Constitución Nacional ha fijado que ciertas materias vinculadas con la libertad y la propiedad quedan sujetas exclusivamente a las leyes del Congreso de la Nación. Por consiguiente, el constituyente creó una reserva de ley expresa en el art. 4° (imposición de contribuciones y empréstitos y operaciones de crédito para urgencias de la Nación); art. 17 (afectación a la propiedad); art. 18 (afectación a la libertad); art. 52 (contribuciones y reclutamiento de tropas), art. 99 inc. 3° (materia penal, tributaria, electoral o régimen de los partidos políticos) e implícita sobre materias que exigen, por ejemplo, una mayoría agravada para la sanción de leyes (vgr. la jerarquización constitucional de nuevos tratados internacionales sobre derechos humanos según el art. 75 inc. 22 CN), entre muchas otras.

Sentado lo anterior, debemos interrogarnos qué sucede con la reglamentación de derechos fundamentales distintos a los de libertad y propiedad, ya que estos últimos gozan de una reserva de ley expresa en el texto constitucional. En otras palabras, su regulación: ¿se da a través de una ley formal exclusivamente, o bien, es plausible su intervención a través de leyes materiales?

Si bien la cuestión resulta sumamente opinable, nos inclinamos a pensar que la reglamentación de derechos fundamentales sólo puede realizarse a través de una ley en sentido formal. La solución a esta problemática se inicia a partir de una interpretación sistemática del art. 14 CN y del art. 30 CADH que establecen, respectivamente, que los derechos se gozan conforme las leyes que reglamentan su

ejercicio, y que las restricciones permitidas, de acuerdo a la Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a las leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas.

De la lectura de ambos artículos se desprende fácilmente que tanto el texto constitucional como el convencional exigen la presencia de leyes para ingresar en la esfera de los derechos fundamentales. Ahora, la pregunta obligada que surge es ¿cuál es el sentido de la palabra “leyes”? ¿Alude a la ley del Congreso dictada en ejercicio de sus competencias constitucionales o a cualquier norma jurídica de alcance general obligatoria?

Dicha cuestión quedó actualmente zanjada con la interpretación que, en ejercicio de su competencia consultiva, la Corte Interamericana de Derechos Humanos realizó sobre el art. 30 CADH en el marco de la Opinión Consultiva 6/86[20]. Por unanimidad, opinó que “la palabra leyes en el artículo 30 de la Convención significa norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos, y elaborada según el procedimiento establecido por las constituciones de los Estados Partes para la formación de las leyes”. Para llegar a tal conclusión la Corte Interamericana ensayó tres tipos de argumentos vinculados con: 1) la naturaleza y el origen del régimen de protección a los derechos humanos; 2) la reserva de ley; 3) el principio democrático.

En primer lugar, indicó que la protección de los derechos humanos parte de la afirmación de la existencia de ciertos atributos inviolables de la persona humana que no pueden ser legítimamente menoscabados por el ejercicio del poder público. Por ello, agregó, los actos estatales que los afecten deben estar rodeados de un conjunto de garantías enderezadas a asegurar la no vulneración de dichos atributos, dentro de las cuales, la más relevante sea que las limitaciones se establezcan por una ley adoptada por el Poder Legislativo, de acuerdo con lo establecido por la Constitución[21].

Seguidamente, adujo que la reserva de ley para todos los actos de intervención en la esfera de la libertad, dentro del constitucionalismo democrático, es un elemento esencial para que los derechos del hombre puedan estar jurídicamente protegidos y existir plenamente en la realidad. De esta manera, la expresión leyes del art. 30 no puede tener otro sentido que el de ley formal, ya que, de lo contrario, equivaldría a reconocer una virtualidad absoluta a los poderes de los gobernantes frente a los gobernados[22].

Por último, en lo concerniente al principio democrático, expresó que en una sociedad democrática el principio de legalidad está vinculado inseparablemente al de legitimidad, en virtud del sistema internacional que se encuentra en la base de la propia Convención, relativo al ejercicio efectivo de la democracia representativa, que se traduce en la elección popular de los órganos de creación jurídica, el respeto a la participación de las minorías y la ordenación al bien común.[23]

Efectuada la reseña anterior, queda claro que la reglamentación de los derechos fundamentales, por el juego armónico entre el art. 14 CN, el 30 CADH y la interpretación de la Corte IDH de carácter obligatorio para nuestro Estado en tanto parte de la Convención[24], se encuentra ligada exclusiva y excluyentemente a las leyes formales, o sea, normas jurídicas emanadas, de acuerdo a los procedimientos constitucionales de formación y sanción de las leyes, del Poder Legislativo, órgano

democrático investido de legitimidad constitucional. En consecuencia, la protección de los derechos fundamentales se garantiza a través de una reserva de parlamento, cuyo origen fue explicitado arriba, que actuará como factor de incidencia negativa respecto de la esfera competencial del Poder Ejecutivo, en el ejercicio de su función administrativa o materialmente legislativa, sobre esos derechos.

Bajo este prisma, Pérez Barberá considera que el principio de reserva de parlamento se aplica en todos aquellos supuestos en los que el Estado pretende inmiscuirse, al menos con un determinado grado de intensidad, en un derecho individual de carácter fundamental para el que no está expresamente prevista una reserva de ley especial, y específicamente, en el derecho administrativo, dicha reserva ha de quedar determinada por aquello que se entienda está bajo el alcance de los derechos fundamentales[25].

De cualquier modo, esta reserva de parlamento no solo resulta aplicable al ámbito de la reglamentación o restricción de los derechos fundamentales, sino que también debería extenderse respecto de todas decisiones fundamentales para el orden social. Ello con fundamento en que, en el decir de Schmidt-Assman, los elementos estructuradores o definitorios de instituciones consolidadas en un determinado ámbito social no pueden ser modificadas ni transformadas duradera o esencialmente por el Poder Ejecutivo sin que antes el propio legislador haya prefigurado las claves y las líneas maestras a que deban responder la modificación o transformación[26]. A tales fines, el Tribunal Constitucional alemán creó la doctrina de la esencialidad como criterio de determinación de la reserva de parlamento. Según la mencionada doctrina, para evitar caer en el argumento relativo a que la simple invocación de la esencialidad conllevaría a una posible reserva parlamentaria total que rompería el equilibrio entre los poderes públicos, una medida es esencial cuando lo es “para la realización de los derechos fundamentales”[27].

No exentas de críticas[28], en resumen, dicha elaboración jurisprudencial exige que las decisiones relevantes o importantes para la comunidad tengan que ser resueltas por el Poder Legislativo[29] reforzando así el principio democrático, pues, por medio del procedimiento legislativo participan y están representados las distintas ideas e intereses sociales a través de la discusión, la negociación, el acuerdo y en presencia continua de la opinión pública y la ciudadanía[30].

c) La autoprogramación normativa del Poder Ejecutivo

Como afirman Santiago (h) y Thury Cornejo, el papel del Poder Ejecutivo ha crecido considerablemente respecto del Parlamento desde las formulaciones iniciales, y ello se verifica en las presiones de los ciudadanos representados sobre el órgano ejecutivo, que ha pasado a ser el principal responsable de la marcha de los asuntos públicos[31].

Una de las principales razones de la pérdida de centralidad del Poder Legislativo y su consecuente producto normativo, la ley, obedece a la complejidad actual de la realidad social y de un Estado que pasó de ausente a fuerte interventor en la trama social, lo que implicó el crecimiento de maquinarias administrativas y el consiguiente “desplazamiento de la competencia jurídica por la competencia técnica y de las atribuciones de las autoridades permanentemente establecidas, por las funciones de grupos de especialistas, constituidos circunstancialmente a quienes se les encomienda una misión, según las necesidades cambiantes”[32]. En otros términos, es muy dificultoso sustentar un perfil límpido y diferente del principio de reserva de ley (en sentido amplio) en un Estado de constantes intervenciones en el

sistema económico y social. De esta manera, Parejo Alfonso denuncia que ha desaparecido la significación política y social del principio de legalidad, en la medida en que hoy no existen diferencias sustanciales entre las decisiones parlamentarias y del Ejecutivo[33].

Así las cosas, para llevar adelante las tareas de planificación, regulación y control social, la Administración se programa a sí misma y asume tareas del legislador político, las desarrolla en la ejecución de sus propios programas y ha de decidir por su propia cuenta asuntos relativos a la fundamentación y aplicación de las normas.

Este fenómeno ha sido denominado por Habermas “autoprogramación normativa” del Poder Ejecutivo, el cual evidencia, primeramente, un alejamiento por la Administración de la reserva de ley, luego, como derivación necesaria, “la asunción de tareas propias de la generación sustantiva de normas abstractas y generales que exceden el ámbito reglamentario característico de su ejecución”[34] y, también, un ahondamiento de la autonomización del aparato administrativo frente a un legislador marginalizado[35] y relegado a meras tareas de control.

Santamaría Pastor llama la atención sobre la posición hegemónica del Poder Ejecutivo en la producción normativa frente al carácter intermitente del funcionamiento parlamentario, la continuidad de la actuación gubernamental se manifiesta en la aplastante superioridad del número de reglamentos sobre las leyes, sumado a su incidencia en el procedimiento de formación y sanción de las leyes a través de la monopolización de la iniciativa legislativa[36].

En este sentido, una de las consecuencias prácticas de esta “autoprogramación normativa” será, asimismo, la excesiva proliferación de disposiciones legislativas por el Poder Ejecutivo a partir de la invocación de un supuesto estado de excepción que las torna necesarias para salvaguardar el interés público.

d) La tensión entre el texto constitucional y el orden público internacional de los derechos humanos

La problemática de la restricción a los derechos fundamentales está íntimamente ligada al principio de legalidad formal propio del sistema republicano de gobierno. Así, observábamos que en nuestro sistema constitucional existe una reserva de disposición jurídica (art. 19 CN), una reserva de ley expresa (art. 99 inc. 3 CN) e implícita (art. 30, 52, entre otros) y una reserva de parlamento para aquellos derechos constitucionales no alcanzados por las anteriores (juego armónico entre el art. 14 CN y art. 30 CADH).

En este sentido, de conformidad con el art. 30 CADH y la interpretación de la Corte IDH analizada arriba, las restricciones al ejercicio y goce de los derechos sólo pueden establecerse a través de leyes en tanto normas jurídicas de carácter general, ceñidas al bien común, emanadas de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos, y elaboradas según el procedimiento para la formación de éstas establecidos en los textos constitucionales[37]. Cabe destacar que este criterio de interpretación se extiende además a las situaciones excepcionales reguladas por el art. 27 CADH -guerra, peligro público u emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte- que admiten la “suspensión de garantías” que no implica “ni la derogación ni la suspensión de los derechos en su sustancia, sino solamente la restricción temporal a su ejercicio”[38]. Ello, debido a que, si bien el citado artículo refiere que el Estado parte podrá

adoptar “disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención”, sin aclarar si aquéllas deberían tratarse de una ley formal o material, considerando que el estado de excepción allí regulado sólo admite restricciones temporales, estimamos que la solución más ajustada a la vigencia irrestricta de los derechos humanos consiste en la realización de una inteligencia sistemática y armónica con el art. 30 CADH que precisamente las regula y exige la presencia de leyes en sentido formal.

En este contexto, ¿cómo se compatibilizaría un DNU restrictivo de un derecho constitucional no alcanzado por la reserva expresa del art. 99 inc. 3 CN (materia tributaria, penal, partidos políticos o electoral), vgr. una cuestión migratoria como la introducida por el decreto 70/17, con la letra e interpretación convencional del art. 30 CADH? ¿Podría válidamente el DNU restringir aquel derecho?

Una lectura literal de la Constitución permitirá advertir que, en principio, la afectación a derechos constitucionales no alcanzados por la materias vedadas expresas (ejemplo: derechos laborales, comerciales, civiles, migratorios, entre otros) no constituyen per se materia prohibida, por tanto, de configurarse las circunstancias excepcionales que hicieran imposible seguir el trámite normal de formación y sanción de las leyes, el dictado del DNU se encontraría constitucionalmente justificado. Sin perjuicio de lo expuesto, el juego armónico entre el art. 27 y 30 CADH sumado a la interpretación de la Corte IDH indican que, aun bajo dichas circunstancias, la restricción debe establecerse por ley formal o, como máximo, a través delegaciones legislativas[39].

En tales condiciones, parecería ser que el art. 99 inc. 3 CN entra en contradicción con los arts. 27 y 30 CADH. Con todo, el art. 75 inc. 22 CN, que otorgó jerarquía constitucional a la citada Convención, establece que ésta no deroga artículo alguno de la primera parte de la Constitución y debe entenderse complementaria de los derechos y garantías por ella reconocidos. En consecuencia, el texto convencional, ¿podría derogar algún artículo de la parte orgánica? ¿Resultaría razonable afirmar que el art. 30 CADH abroga implícitamente el art. 99 inc. 3 CN?

La respuesta afirmativa no puede prosperar por dos razones. Primeramente, debido a que, al momento de conferir jerarquía constitucional a los instrumentos internacionales mencionados en el art. 75 inc. 22 CN, el constituyente reformador efectuó un juicio de comprobación en virtud del cual cotejó los tratados y los artículos constitucionales y verificó que no se produce derogación alguna, juicio que no pueden los poderes constituidos desconocer o contradecir[40]. A la luz de lo expuesto, en nuestro sistema jurídico no es posible plantear la derogación (expresa o implícita) de alguna parte del texto constitucional por opuesta a los mencionados instrumentos.

En segundo lugar, el presupuesto habilitante para el dictado de los DNUs consiste en una situación excepcional caracterizada por la imposibilidad de legislar a través del Legislativo. Por tanto, el cumplimiento de la exigencia del art. 30 CADH vendría a desnaturalizar definitivamente la habilitación constitucional para el dictado de los DNUs, ya que si se exige la presencia de ley formal para restringir derechos constitucionales, aun bajo la necesidad y urgencia, obligadamente, el mencionado presupuesto habilitante no debería estar vinculado a la imposibilidad de legislar. De lo contrario, caeríamos en el ilógico escenario de inviabilidad de adopción de cualquier tipo de medida, ora por DNU, ora por ley formal. El primero porque el art. 30 CADH impide la restricción de derechos mediante aquel dispositivo; la segunda,

porque el estado de excepcional, por definición constitucional, paraliza la posibilidad de su dictado. En este estado de cosas, apreciaciones de este tipo resultan disvaliosas en un contexto donde es necesario, teóricamente, adoptar algún tipo de medida tendiente a salvaguardar los intereses de la Nación.

Llegados a este punto, ante esta tensión con visos de incertidumbre entre la fuente constitucional y convencional, el problema de su compatibilidad deberá resolverse aplicando el principio pro homine que impone privilegiar la interpretación legal que más derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal[41]. Así, la solución que más se compadece con la progresividad y posición preferencial de los derechos humanos es la postulación de la reversión relativa de la presunción de constitucionalidad de los DNU con contenido restrictivo sobre aquéllos. Sin perjuicio de ello, podrá argüirse que esta no es la interpretación más conteste con los derechos porque lo correcto, desde esta atalaya, sería directamente prohibir el dictado de estos decretos cuando reúnan dichas características. Sin embargo, como pudimos advertir, a la luz de la Constitución reformada -art. 99 inc. 3 CN-, no existe una prohibición expresa por fuera de las materias vedadas allí indicadas. En consecuencia, la presunción de inconstitucionalidad e inconvencionalidad de los DNU en los casos mencionados instituye un remedio frente a la tensión en el sistema de fuentes antes descripta.

V. Conclusión [\[arriba\]](#)

A través de la descripción del régimen normativo establecido en la ley 25.871, su decreto reglamentario 616/10 y las modificaciones establecidas por el decreto de necesidad y urgencia 70/17, y su interpretación judicial, quedaron plasmadas las problemáticas derivadas de acudir a la legislación presidencial a fin de regular las cuestiones de poder policía migratoria a la luz del derecho internacional de los derechos humanos.

Notas [\[arriba\]](#)

[1] Según el art. 22 son residentes permanentes los extranjeros que, con el propósito de establecerse definitivamente en el país, obtengan de la Dirección Nacional de Migraciones una admisión en tal carácter. Asimismo, son permanente los inmigrantes parientes de ciudadanos argentinos, nativos o por opción, entendiéndose como tales al cónyuge, hijos y padres.

[2] Según el art. 23 son residentes temporarios todos aquellos extranjeros que ingresen al país en la siguientes subcategorías: trabajador migrante, rentista, pensionado, inversionista, científicos y personal especializado, deportistas y artistas, religiosos de cultos reconocidos oficialmente, pacientes bajo tratamientos médicos, académicos, estudiantes, asilados y refugiados, ciudadanos nativos de Estados Parte del MERCOSUR, Chile y Bolivia, con autorización para permanecer en el país por dos años, prorrogables con entradas y salidas múltiples.

[3] Según el art. 24 son residentes transitorios los que integran la siguiente subcategoría: turistas, pasajeros en tránsito, tránsito vecinal fronterizo, tripulantes de transporte internacional, trabajadores migrantes estacionales, académicos, tratamiento médico.

[4] Este aspecto fue modificado por el art. 2 del decreto 70/17.

[5] CSJN, “Apaza León, Pedro Roberto c/ EN - DNM disp. 2560/11 (exp. 39.845/09) s/ recurso directo para juzgados”, 8/5/18.

[6] El recurso jerárquico, a diferencia de lo que sucede en el ámbito de la ley y reglamento de procedimientos administrativos, tiene efecto suspensivo sobre la ejecución de la medida dictada hasta tanto la misma quede firme (Art. 23 del decreto 70/17).

[7] Excepcionalmente, el decreto 70/17 prevé que, cuando las características del caso lo justificaren, la Dirección Nacional de Migraciones puede solicitar a la autoridad judicial la retención aun cuando la orden de expulsión no se encontrara firme.

[8] CSJN, Fallos 322:1726. En dicho fallo, la Corte explicitó que debe verificarse alguna de estas dos circunstancias para establecer si se configura el presupuesto fáctico aludido en el art. 99 inc. 3 de la Constitución. A saber: 1) que sea imposible dictar la ley mediante el trámite ordinario previsto por la Constitución, vale decir, que 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 traslado de los legisladores a la Capital Federal; 2) que 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.

[9] CNACAF, Sala V, “Centro de Estudios Legales y Sociales y otros c/ EN- DNM s/ amparo ley 16.986”, 22/3/18, ap. V.4 del voto del juez Treacy.

[10] CNACAF, Sala V, “Centro de Estudios Legales y Sociales y otros c/ EN- DNM s/ amparo ley 16.986”, 22/3/18, ap. V.5.

[11] CNACAF, Sala V, “Centro de Estudios Legales y Sociales y otros c/ EN- DNM s/ amparo ley 16.986”, 22/3/18, ap. V.7.2.

[12] CNACAF, Sala V, “Centro de Estudios Legales y Sociales y otros c/ EN- DNM s/ amparo ley 16.986”, 22/3/18, ap. V.7.2, último párr.

[13] CNACAF, Sala V, “Centro de Estudios Legales y Sociales y otros c/ EN- DNM s/ amparo ley 16.986”, 22/3/18, ap. V.7.

[14] CNACAF, Sala V, “Centro de Estudios Legales y Sociales y otros c/ EN- DNM s/ amparo ley 16.986”, 22/3/18, ap. V del voto del juez Gallegos Fedriani.

[15] García Macho explica que el conflicto político entre el poder monárquico y la burguesía alemana daba origen a la necesidad de determinar que materias tenían que ser reservadas a la ley y cuáles podían ser dejadas al rey. Fue así que, a propósito de una discusión sobre el presupuesto y puesto que el ejecutivo monárquico no conseguía imponer su tesis al parlamento, Laband alude al desarrollo material del concepto del poder legislativo. García Macho, Ricardo, *Reserva de ley y potestad reglamentaria*, Editorial Ariel SA, Barcelona, 1988, pág. 38.

[16] Maurer, Hartmut, *Derecho administrativo. Parte general*, Marcial Pons, Madrid, 2011, pág. 109.

[17] Cfr. García Macho, pág. 4. Al respecto, el Tribunal Constitucional de España sostuvo: “La reserva de ley entraña una garantía esencial de nuestro Estado de Derecho y como tal ha de ser preservado. Su significado último es el de asegurar que la regulación de los ámbitos de libertad que corresponden a los ciudadanos dependa exclusivamente de la voluntad de sus representantes, por lo que tales ámbitos han de quedar exentos de la acción del ejecutivo y en consecuencia de sus productos normativos propios”, STC 83/1984, FJ 3°.

[18] Cfr. Schmidt-Assmann, *La teoría general del derecho administrativo como sistema*, Marcial Pons, Madrid, 2003, pág. 103.

[19] Cfr. Maurer, pág. 152.

[20] Corte IDH, Opinión Consultiva OC- 6/86 del 9 de mayo de 1986. La expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Solicitada por el Gobierno de la República Oriental del Uruguay.

[21] Cfr. *Idem*, pár. 21.

[22] Cfr. *Idem*, pár. 24 y 27.

[23] Cfr. *Idem*, pár. 32.

[24] “Las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos tienen, en general, un valor análogo al que tienen las sentencias de los tribunales internacionales para los Estados (...) representan una interpretación auténtica del Derecho internacional (en el caso de la Convención Americana u “otro tratado” sometido a consulta), que, como fuente auxiliar del mismo, debe ser tenido como norma por los Estados americanos para el cumplimiento de sus obligaciones internacionales”, Nikken, Pedro, *La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*; en Corte IDH, *El sistema Interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI*, San José Costa Rica, 2da. Edición, 2003, pág. 176.

[25] Cfr. Pérez Barberá, Gabriel, *El principio general de reserva de ley (o principio general de legalidad) en la doctrina alemana*, en Rivera (h), Julio César, Grosman, Lucas Sebastián, Legarre, Santiago, Elías, José Sebastián, *Tratado de los derechos constitucionales*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2014, págs. 332 y 387.

[26] Cfr. Schmidt-Assmann, pág. 201.

[27] *BverfGE*, 49, 89 (1978).

[28] Por todos, ver Schmidt-Assmann, pág. 203. Al respecto, el jurista alemán explica que el reparto de competencias decisorias en el marco del sistema de separación de poderes no se puede llevar a cabo atendiendo a un solo criterio abstracto.

[29] Baño León agrega que lo se persigue con la doctrina de la esencialidad es asegurar la función del parlamento, aunque sea a costa de la propia voluntad parlamentaria, ya que cuando se reserva al parlamento la adopción de ciertas decisiones y se prohíbe la intervención del poder reglamentario se asegura la función esencial del mismo: la discusión pública y, por tanto, el control sobre el Gobierno y sobre todos aquellos asuntos que son políticamente relevantes. Baño León, José María, *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria (remisión normativa y reglamento independiente en la Constitución de 1978)*, Civitas SA, Madrid, 1991, pág. 57.

[30] Asimismo, Muñoz Machado opina que el parlamento, habida cuenta su posición democrática y representativa, debe pronunciarse sobre las decisiones que afectan esencialmente los intereses de la colectividad. Su sentido es el de establecer no solo una limitación al ejercicio en sus relaciones con la ley, sino, más principalmente, una limitación al propio parlamento para obligarle a que sea él precisamente quien se pronuncie sobre las cuestiones más relevantes para la ordenación de la sociedad. Mientras más esencial para los ciudadanos es una cuestión, más necesario es que el legislador intervenga fijando las normas correspondientes. Muñoz Machado, Santiago, *Tratado de derecho administrativo y Derecho Público General*, Tomo I, Iustel, Madrid, 2011, 3era edición, pág. 773.

[31] Cfr. Alfonso, Santiago (h), Thury Cornejo, Valentín, *Tratado sobre la delegación legislativa. Régimen constitucional antes, durante y después de la reforma constitucional*, Editorial Ábaco, Buenos Aires, 2003, págs. 232-234.

[32] García Pelayo, Manuel, *Burocracia y tecnocracia y otros escritos* en García Pelayo, Manuel, *Obras Completas*, tomo II, Centro de Estudios Políticos y constitucionales, Madrid, 2009, pág. 1425.

[33] Cfr. Parejo Alfonso, Luciano, Jimenez- Blanco, Antonio, Ortega Alvarez, Luis *Manual de derecho administrativo*, Ariel, Barcelona, 1994, pág. 61.

[34] Cuadros, Oscar Álvaro, *Administración y Constitución. Contenido y aplicaciones de la división del derecho en público y privado*, Astrea, Buenos Aires, 2014, pág. 99.

[35] Cfr. Habermas, *Facticidad y validez*, Trotta, Sexta edición, Madrid, 2010, pág. 516 y ss.

[36] Cfr. Santamaría Pastor, Juan Alfonso, *Principios de Derecho Administrativo*, Volumen I, Tercera edición, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces SA, Madrid, 2001, pág. 152.

[37] Corte IDH, “Opinión consultiva 6/86”. Ver también, en el mismo sentido, art. 29.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; art. 4 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; art. 18 de la Convención Europea de Derechos Humanos; Principios de Siracusa sobre las Disposiciones de Limitación y Derogación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Parte I, ap. 5; Principios de Limburgo relativos al Pacto Internacional de Derechos, Económicos, Sociales y Culturales, ítems, págs. 48-51.

[38] Levi, Daniel, Art. 27. Suspensión de garantías, en Alonso Regueira, Enrique M. (dir.), *La Convención Americana de Derechos Humanos y su proyección en el Derecho Argentino*, La Ley Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Buenos Aires, 2013, pág. 487. Por su parte, Alonso Regueira funda la compatibilidad del dictado de los DNU restrictivos de derechos constitucionales vía art. 27 CADH: “Los DNU constituyen el modo en que la Constitución argentina ha regulado y sistematizado el ejercicio de dicha noción (la suspensión de garantías del art. 27) frente a situaciones de emergencias sociales que no alcanzan un grado o una entidad suficiente, como para justificar el remedio del estado de sitio asentado en su art. 23”. Alonso Regueira, “El principio de legalidad y las facultades legislativas del presidente a la luz de la CADH”, LL 2008-C-, 803, Sup. Adm. 2008 (abril), 1. En contra, Sanchez Brígido, en opinión que compartimos, sostiene que para que el argumento del citado autor funcione y todos los DNU constitucionalmente admisibles sean válidos por aplicación del art. 27, debe suponerse que la clase de casos en que procede la suspensión de garantías allí previstas incluye o es idéntica a la clase de casos en que son admisibles los DNU según el art. 99 inc. 3 CN, lo cual no es exactamente así, ya que, por ejemplo, podrá existir casos de DNU admisibles que no encuadran dentro del art. 27 CADH. Sánchez Brígido, Rodrigo, Principio de legalidad, decretos y fallos plenarios, en Rivera (h), Julio César, Grosman, Lucas Sebastián, Legarre, Santiago, Elías, José Sebastián, págs. 317-320.

[39] Corte IDH, “Opinión Consultiva 6/86”, pág. 36.

[40] Por todos, CSJN, *Monges Analia c/UBA*, Fallos 319:3148, (1996), consid. 20.

[41] CSJN, *Acosta, Alejandro Esteban s/ infracción art. 14*, 1 párrafo ley 23.737, Fallos 331:858, (2008), consid. 6.