



Ministerio Público
de la Defensa
República Argentina



Revista del Ministerio Público de la Defensa de la Nación

.....
Personas en contexto
de movilidad humana

*Revista del Ministerio Público de la
Defensa de la Nación
Nº17. Diciembre 2022*

*Editora:
Stella Maris Martínez*

*Directora:
Julieta Di Corleto*

*Escriben:
Hernán De Llano
Diego Acosta
Ignacio Odriozola
César Augusto Balaguer
Florencia Plazas
Marina Salmain
Rosario Muñoz
Lila García
Martín Fiuza Casais
Ana Paula Penchaszadeh y Joanna Sander
Analía Isabel Cascone
Camila Carril
Gisele Kleidermacher
Patricia Gomes
Susana Borràs-Pentinat
Ela Weicko V. de Castilho
Susy Garbay Mancheno
Joel Hernández*

*Coordinación:
Secretaría General de Capacitación y
Jurisprudencia*

*Edición:
Gabriel Herz
Natalia Saralegui*

*Diseño y diagramación:
Subdirección de Comunicación Institucional*

*Foto de tapa:
Instalación “La Ballena. El metamuseo”
de Estrella del Oriente*

*El contenido y opiniones vertidas en los
artículos de esta revista son de exclusiva
responsabilidad de sus autores.*

*Ministerio Público de la Defensa de la
Nación Argentina
Defensoría General de la Nación*

www.mpd.gov.ar

ISSN 2618-4265

ÍNDICE

LÍNEA EDITORIAL

7

9 Iniciativas regionales para el acceso a la justicia de personas en situación de movilidad humana

Hernán Gustavo de Llano

EXPERIENCIAS NACIONALES

21

23 Acuerdos de residencia MERCOSUR y regularización en Argentina: la ilegalidad de la aplicación del artículo 29 de la Ley de Migraciones a los nacionales de países de América del Sur

Diego Acosta

Ignacio Odriozola

37 El rol de la defensa pública en los procedimientos administrativos y/o judiciales en materia migratoria

César Augusto Balaguer

53 El derecho a la vida familiar de las hijas e hijos de personas migrantes y el rol del Ministerio Público de la Defensa

Florencia G. Plazas

65 El impacto de la pandemia por COVID-19 y el rol de la defensa pública para la promoción y protección de los derechos humanos de las personas migrantes

Marina Salmain

77 El caso C.G.: un largo recorrido en búsqueda de soluciones duraderas

Rosario Muñoz

93 Teorías y perspectivas analíticas de la movilidad humana para la praxis en derechos humanos

Lila García

105 El extrañamiento y los delitos graves

Martín Fiuza Casais

119 Voto migrante en Argentina: emergencia de una ciudadanía posnacional basada en la residencia

Ana Paula Penchaszadeh

Joanna Sander

131 Otro ladrillo en la pared: apuntes sobre el impacto de “Costa Ludueña c/ UBA” en el acceso a derechos de las personas migrantes

Analía Isabel Cascone

- 149 **El rol de la Defensoría del Pueblo en el acceso a la justicia de las personas migrantes**
Camila Carril
- 161 **Dinámicas de persecución policial hacia la comunidad senegalesa en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires***
Gisele Kleidermacher
- 173 **Argentina responsable por la muerte del activista afrodescendiente José Delfín Acosta Martínez. Un caso paradigmático de violencia institucional racista***
Patricia Gomes

EXPERIENCIAS INTERNACIONALES 185

- 187 **Retos jurídicos en la protección internacional de la migración climática desde una perspectiva sensible al género**
Susana Borràs-Pentinat
- 205 **“Brasil ka ubanoko”***
Ela Wiecko V. de Castilho
- 217 **El lugar problemático de las víctimas de trata con fines de explotación sexual en el discurso jurídico penal**
Susy Garbay Mancheno

ENTREVISTA 229

- 231 **“En el auxilio de personas migrantes, las defensorías públicas tienen un rol fundamental que jugar”**
Joel Hernández
Por César Augusto Balaguer y Hernán Gustavo De Llano

El rol de la defensa pública en los procedimientos administrativos y/o judiciales en materia migratoria

César Augusto Balaguer

Abogado y procurador (UBA). Defensor oficial ante la Cámara Federal de San Justo con competencia en lo Civil Comercial y Contencioso Administrativo. Co-titular de la Comisión del Migrante de la Defensoría General de la Nación. Realizó la Diplomatura en Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales y el Posgrado de actualización en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (UBA).

El encuentro entre el migrante y el ordenamiento jurídico del país receptor será más o menos traumático dependiendo de los canales de diálogo que existan en la administración estatal y, más específicamente, dentro del derecho administrativo del país al que arribe. El encuentro entre la persona humana -con su carga de vulnerabilidades- y las regulaciones estatales, no será ocasional. Por el contrario, esa confluencia determinará la vida de la persona en movilidad y la de su familia por un tiempo que suele ser muy largo, hasta determinar un status migratorio definitivo.

La categoría migratoria es una condición jurídica que repercutirá en las relaciones de la persona migrante con el Estado y con terceros. Ésta se revela como un aspecto determinante para su bienestar, pues de ella depende el acceso al empleo, a la vivienda y a su permanencia libre de intromisiones por parte del poder de policía estatal.

Es necesario subrayar tres aspectos que actúan interrelacionados dentro del ámbito de determinación de los derechos y obligaciones de la persona migrante, tanto en la faz administrativa como en la judicial. Ellos son: a) la necesaria participación de la persona en el procedimiento administrativo con las garantías previstas en la Ley N° 25.871; b) las condiciones de emisión de la voluntad esta-

tal; y c) el contenido de la revisión judicial posterior.

Para contextualizar los aspectos mencionados, traeré a colación un antecedente que, sin dudas, presentará puntos de similitud con tantos otros. La afectación al grupo familiar resultó ser, en este caso, dramática. Esto se replica en otros procesos en los que las familias acuden al Ministerio Público de la Defensa motivados en que la persona migrante se encuentra en un avión próximo a partir.

Se trata del caso del Sr. U.S., quien ingreso al país en el año 2012 y obtuvo la radicación temporaria por el término de 24 meses. Luego, articuló los mecanismos jurídicos respectivos para obtener la radicación definitiva. Acompañó documentación que acreditaba, por un lado, su falta de antecedentes penales en la Argentina. Por el otro, aportó las constancias fehacientes de que no era requerido por autoridades judiciales en su país de origen. No obstante, la autoridad migratoria emitió sucesivas intimaciones que, por cierto, el Sr. U.S. cumplió. En el marco del proceso, se constató que tenía un antecedente condenatorio en su país de origen, que databa del año 2007 y que se encontraba extinto. Por esa razón, las actuaciones judiciales habían sido archivadas. Finalmente, y mediando una nueva intimación de la autoridad migratoria, el Sr. U.S. dedujo una nueva presentación en la que expresó que la condena se encontraba prescripta, pese a lo cual resultaba materialmente imposible obtener un certificado que expresara que carecía de antecedentes. A pesar de ello, la autoridad migratoria dispuso su expulsión.

Para resolver de ese modo, las autoridades migratorias se apoyaron en un dictamen jurídico que indicaba que no se dan los presupuestos del artículo 51 del Código Penal. A partir de este momento, comenzó una nueva etapa que agravó el cuadro. En efecto, el funcionario encargado de realizar la diligen-

cia dejó asentado que nadie respondió a los llamados en el domicilio constituido, motivo por el que procedió a fijar la notificación en la puerta.

En el año 2016, frente al silencio del Sr. U.S la Dirección Nacional de Migraciones articuló con éxito un pedido de medida cautelar de retención con fines de expulsión, materializada en el mes de abril de 2022, en ocasión en que la persona concurrió a la sede de la Dirección Nacional de Migraciones a fin de interiorizarse sobre su situación migratoria. Al hacerlo, el hombre fue retenido y, finalmente, expulsado del país.

I. La necesaria intervención de la persona y su derecho de defensa

I.1. La presencia necesaria de la persona en el proceso administrativo

La intervención de la persona migrante en el procedimiento administrativo que puede determinar su expulsión del país es el primer aspecto que debemos destacar a la hora de pensar en su derecho a la defensa. Esa diligencia sustancial es exigida por la regulación específica de la Ley N° 25.871, y tiene su apoyatura en el artículo 18 de la Constitución Nacional, como así también en los artículos 8 (inc. 1 y 2; garantías del debido proceso) y 25 (debida protección judicial) de la Convención Americana de Derechos Humanos y en el artículo 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

En efecto, como una derivación lógica de la tutela administrativa efectiva, del derecho a ser oído y del derecho a la necesaria protección judicial, el artículo 86 de la Ley N° 25.871 establece el derecho a la asistencia letrada gratuita y establece que la reglamentación de la norma deberá “resguardar el ejercicio del derecho constitucional de defensa”. De allí que el Decreto reglamentario N° 616/2010

ordena la suspensión del procedimiento ante el planteo de la persona migrante hasta tanto reciba el asesoramiento o se produzca la intervención letrada.

Para comprender la real dimensión que la ley le otorga al derecho de defensa del migrante, el artículo 89 de la Ley N° 25.871 lo incluye dentro de los aspectos a revisar por el poder jurisdiccional, en pie de igualdad junto a la razonabilidad de lo decidido y al principio de legalidad de los actos estatales.

Tal como afirma García Pulles (2020, 211), “el debido proceso adjetivo es el principio central del procedimiento, que encuentra en el ámbito sancionador expresiones mucho más extensas que las predicables para los trámites ordinarios de la administración”.

Como queda expresado en el diseño original de la ley y su reglamentación, el proceso administrativo en materia migratoria no puede desarrollarse en ausencia de la persona migrante, exigiéndose ante el planteo del migrante, como mínimo, su debido asesoramiento por parte de la defensa pública; mientras tanto, el trámite debe ser suspendido. Sin embargo, la práctica administrativa decidida por la autoridad migratoria estatal transgrede la norma reglamentaria, toda vez que, según las épocas, frente al planteo de la persona migrante realizado ante la orden de expulsión, la suspensión ha sido decretada por un plazo de diez días (pasados los cuales se considera consentida la orden de expulsión), o simplemente, se toma la expresión de voluntad del migrante como recurso administrativo sin asistencia letrada.

Sentado lo expuesto, no existe una distinción de etapas del procedimiento administrativo a partir del cual nacería el derecho a la asistencia letrada gratuita. Según la reglamentación (Decreto N° 616/2010), la intervención de la defensa pública se supedita a la existencia de un planteo por parte del migrante. Entonces, la intervención letrada de la

defensa se vincula directamente con la oportunidad en que el migrante es convocado a participar del procedimiento administrativo.

En los trámites en que se debate la radiación de una persona extranjera o su permanencia en el país, la aparición de algún antecedente penal o el incumplimiento a los recaudos de orden administrativo constituye un hito de relevancia tal que, a partir de cualquiera de ellos, aparece como posibilidad su expulsión. Dicho de otro modo: la obligación del Estado de participar a la persona migrante para que ejerza su derecho a ser oído nace al momento de la recepción por parte de la autoridad migratoria de la noticia del antecedente penal o ante el incumplimiento de los recaudos previstos en la ley.

En base a lo establecido en el artículo 1 inc. c de la Ley N° 19.549 podemos afirmar que, a partir del planteo realizado por la persona y su sucedánea intervención letrada, desaparece el principio del informalismo en materia administrativa. Esta garantía adjetiva alude –por un lado– a la posibilidad de la persona migrante de prescindir de formas específicas para formular su petición en el procedimiento y –por otro– a la imposibilidad del Estado de proceder a calificar jurídicamente esas peticiones. Así, podemos afirmar que la actividad estatal previa a la intervención de la persona migrante con patrocinio no podría contener decisiones de orden jurídico. Tal como dice Hutchinson (2006,63), “la intervención obligada de un profesional del derecho no justificaría en modo alguno el principio del informalismo; nacería así un procedimiento formal”.

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha afirmado la obligación estatal de notificar fehacientemente la *eventual* decisión de expulsar a la persona, que debe estar debidamente motiva-

da¹. Asimismo, en su Opinión Consultiva N° 21/14, la Corte IDH aludió al recaudo establecido en el artículo 8 inc. 2 de la Convención².

En ese sentido, los principios rectores clásicos que moldean el proceder estatal contenidos en la Ley N° 19.549 prevén la necesaria audiencia con la persona, ya que allí se tratan decisiones jurídicas que la van a afectar (artículo 7, inc. c de la ley). En el marco del expediente donde se debatían esas cuestiones jurídicas relativas a su interés, la persona tiene facultades de pedir vista de las actuaciones y de aportar prueba (Decreto reglamentario N°894/2017, artículos 16, 46 y concordantes).

Gozañi (2017, 425), luego de clarificar la posición del Sistema Interamericano de Derechos Humanos respecto de la aplicabilidad del debido proceso legal en sede administrativa, incluye expresamente en su contenido –en base al informe de fondo que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) emitió en abril de 1999 en el caso *Loren Riebe y otros*– la garantía de una audiencia con la persona en el marco de un procedimiento administrativo sancionatorio. Este incluye a su vez el derecho a la asistencia letrada, a conocer los términos de la imputación y a una decisión en un plazo razonable.

Desde este punto de vista, la orden de expulsión de una persona a su país de origen debe contener, bajo pena de nulidad, la necesaria intervención de la persona migrante,

con la consecuente garantía de asistencia letrada con carácter previo a su dictado.

1.2. La intervención de la defensa pública

En materia migratoria, la intervención de la defensa pública actúa como contrapeso necesario e indispensable en relación con las prerrogativas que dispone el Estado para evaluar la dispensa de aquellos migrantes que han incurrido en alguna de las causales que impugnan su permanencia en el país.

Tal como fuera desarrollado por la Dra. Silvia Edith Martínez³, la Corte IDH afirma que la defensa pública “compensa la desigualdad procesal en la que se encuentran las personas que se enfrentan al poder punitivo del Estado, ya sea en su esfera administrativa, legislativa o judicial”⁴. Específicamente, dicho tribunal destaca en su Opinión Consultiva N° 18 que la vulneración del derecho a ser asistido por la defensa pública se materializa cuando las personas migrantes acuden a las instancias administrativas y/o judiciales y se

1 Corte IDH. “Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana”. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 28 de agosto de 2014. Serie C No. 282.

2 Corte IDH. O.C. 21/14.19 de agosto de 2014. Serie A No. 21. Allí se estableció que “en procesos tales como los que puedan desembocar en la expulsión o deportación de extranjeros, el Estado no puede dictar actos administrativos o adoptar decisiones judiciales sin respetar determinadas garantías mínimas, cuyo contenido es sustancialmente coincidente con las establecidas en el numeral 2 del artículo 8 de la Convención”.

3 Jornada Defensa Pública y Corte Interamericana de Derechos Humanos, organizada por la ADEPU y la Corte IDH, llevadas a cabo de manera virtual los días 20 y 25 de octubre de 2021.

4 Ver Corte IDH, caso *Ruano Torres... vs. El Salvador*. Sentencia del 5 de octubre de 2015, párr. 151. “el derecho a un debido proceso está íntimamente ligado al actuar de la defensa y se refiere al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado, adoptado por cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que pueda afectarlos” y párr.156: “La institución de la defensa pública, a través de la provisión de servicios públicos y gratuitos de asistencia jurídica permite, sin duda, compensar adecuadamente la desigualdad procesal en la que se encuentran las personas que se enfrentan al poder punitivo del Estado, así como la situación de vulnerabilidad de las personas privadas de libertad, y garantizarle un acceso efectivo a la justicia en términos igualitarios”.

les deniega la asistencia letrada gratuita⁵. En el mismo sentido se expide en el precedente *Vélez Loor v. Panamá*⁶.

Es menester resaltar, también, que la Corte IDH destaca la necesidad de que la defensa oficial sea dotada de herramientas que aseguren una “actuación eficiente y en igualdad de armas con el poder persecutorio”⁷.

El máximo tribunal interamericano ha establecido que la defensa debe ser eficaz, oportuna, realizada por gente capacitada, y debe permitir fortalecer la defensa del interés concreto del imputado⁸. Interesa recalcar que en su dictamen pericial, el Dr. Alberto Binder en el caso *Ruano Torres* expresó que

5 Ver Corte IDH, Opinión Consultiva. OC 18/03, párr. 126: “Se vulnera el derecho a las garantías y a la protección judicial por varios motivos: por el riesgo de la persona cuando acude a las instancias administrativas o judiciales de ser deportada, expulsada o privada de su libertad, y por la negativa de la prestación de un servicio público gratuito de defensa legal a su favor, lo cual impide que se hagan valer los derechos en juicio. Al respecto, el Estado debe garantizar que el acceso a la justicia sea no solo formal sino real”.

6 Ver Corte IDH, caso *Vélez Loor v. Panamá*, párr. 146: “La Corte ha considerado que, en procedimientos administrativos o judiciales en los cuales se pueda adoptar una decisión que implique la deportación, expulsión o privación de libertad, la prestación de un servicio público gratuito de defensa legal a favor de éstas es necesaria para evitar la vulneración del derecho a las garantías del debido proceso. En efecto, en casos como el presente en que la consecuencia del procedimiento migratorio podía ser una privación de la libertad de carácter punitivo, la asistencia jurídica gratuita se vuelve un imperativo del interés de la justicia”.

7 Ver Corte IDH, caso *Ruano Torres v. El Salvador*, párr. 155 “La defensa pública como medio a través del cual el Estado garantiza el derecho de todo imputado a ser asistido por un defensor, debe estar dotada de garantías suficientes para su actuación eficiente y en igualdad de armas con el poder persecutorio. El Estado debe adoptar todas las medidas adecuadas para ello, como defensores idóneos y capacitados que actúen con autonomía funcional”.

8 Corte IDH, caso *Ruano Torres v. El Salvador*, párr. 158.

“no debe tratarse de un medio para cumplir formalmente con la legitimidad del proceso. Cualquier forma de defensa aparente resultaría violatoria de la Convención Americana”⁹.

Tal como se observa en la práctica, la intervención letrada aparece en un proceso en movimiento en donde la persona migrante es notificada de una orden de expulsión ya decidida y emplazada a recurrir en un plazo determinado. Es necesario señalar, además, que la presencia del defensor en el proceso legitima lo ocurrido hasta ese momento, salvo impugnación expresa. De ahí la importancia de advertir –por ejemplo– desde cuándo debió ser citada la persona migrante a comparecer y cuáles fueron las resoluciones estatales llevadas a cabo sin la presencia de la parte.

Los principios expuestos demarcan el carril que deben observar los órganos estatales que intervienen en un procedimiento administrativo en el que se dilucida una causal de impedimento de permanencia en el país. Entonces, la derivación que formule la autoridad administrativa en los términos del artículo 86 de la Ley N° 25.871 –en función de lo dispuesto en el artículo 86 de su decreto reglamentario N° 616/2010– deberá garantizar la presencia de la persona migrante, ya sea mediante el otorgamiento del respectivo poder para actuar en su nombre o, en su caso, a recibir el asesoramiento que corresponda. De no hallarse reunidos esos aspectos esenciales, el

9 Informe pericial de Alberto Binder en el caso *Ruano Torres v. El Salvador*: “No basta con el nombramiento de un abogado, sino que ellos deben ser “idóneas y capacitadas”. Esta simple declaración es importante dado que en la historia de la región se ha utilizado regularmente los sistemas de defensa pública como una simple medida para cumplir formalmente con la defensa. Defensores que simplemente firmaban actas, que no conocían a los imputados, que prestaban su firma para dar cumplimiento al requisito y otras mil formas de defensa meramente formal, han sido rechazadas por la jurisprudencia de la CIDH. El principio es claro: viola la CADH cualquier forma de defensa aparente”.

Ministerio Público de la Defensa debe devolver esa intervención, pues no es dable pensar ni legitimar una representación en ausencia. Ello por cuanto sería cumplir formalmente con la defensa otorgándole legitimidad a un proceso sin audiencia de la parte, en contravención al sistema tuitivo de derechos humanos antes referido.

Con respecto a la actuación de la defensa pública, resulta importante destacar la eventual responsabilidad del Estado por la actuación defectuosa inexcusable del defensor oficial, tal como ocurrió con el Sr. Ruano Torres en su país (El Salvador)¹⁰. También merece subrayarse la aseveración de que la función debe ser desarrollada con independencia y con autonomía funcional, presupuestaria y técnica¹¹. El hecho de que el Ministerio Público de la Defensa integre la estructura estatal eventualmente compromete la responsabilidad internacional del Estado Argentino. En modo alguno ese dato puede condicionar la autonomía funcional de la defensa, que debe ser “eficiente, libre de injerencias y controles indebidos por parte de otros poderes del Estado”, y cuyo mandato es “el interés de su defen-

dido o defendida”¹². En este sentido, la Corte Interamericana destaca que “ningún defensor público puede subordinar los intereses de su defendido a otros intereses sociales o institucionales o a la preservación de la justicia”¹³. En consecuencia, la Corte IDH señaló que el carácter de funcionaria o funcionario público de quienes prestan la defensa oficial en modo alguno puede afectar en el sentido de limitar el desempeño específico ante un caso concreto.

En el mismo sentido, la Resolución de la Asamblea General de la OEA *Hacia la autonomía y fortalecimiento de la Defensa Pública Oficial como garantía de acceso a la justicia*¹⁴, destaca que, sin perjuicio de la diversidad de los sistemas jurídicos de cada país, resulta importante la independencia, autonomía funcional, financiera y/o presupuestaria de la defensa pública oficial. Esto, como parte de los esfuerzos de los Estados miembros para garantizar un servicio público eficiente, libre de injerencias y controles indebidos por parte de otros poderes del Estado que afecten su autonomía funcional y cuyo mandato sea el interés de su defendido o defendida.

I.3. La cuestión de la notificación

Es llamativo que el ejercicio del derecho a la defensa, uno de los pilares del procedimiento administrativo que determina si una persona debe ser deportada, encuentra una limitación tan severa y determinante para su efectivo cumplimiento en una cuestión de detalle como la forma de la diligencia de notificación. Debe tenerse presente que la adecuada notificación de los actos estatales tiene por objeto proporcionar a los litigan-

10 La Corte IDH, al evaluar de manera integral las actuaciones de la defensa pública en el caso, verificó que los defensores que representaban al señor Ruano Torres no solicitaron la nulidad de la diligencia de reconocimiento en rueda de personas con base en las irregularidades que habrían sucedido, según lo indicado por el propio imputado y otras personas, así como sobre la base de que la víctima del delito había visto a los detenidos en los medios de comunicación. De este modo, la identificación positiva de José Agapito Ruano Torres como uno de los partícipes en el hecho punible durante el reconocimiento en rueda de personas y en la vista pública se convirtió en uno de los fundamentos de la condena. Además, la defensa pública no presentó recurso contra la condena, que podría haber obtenido el doble conforme por parte de un juez o tribunal distinto y de superior jerarquía orgánica al que emitió la sentencia condenatoria.

11 Cfr. Resolución de la Asamblea General de la OEA, RES AG/2801 5/6/13.

12 Cfr. Res AG/2801 5/6/13.

13 Corte IDH, caso *Ruano Torres v. El Salvador*, párr. 158; caso *Martínez Coronado v. Guatemala*, párr. 84.

14 Res. OEA AG/RES 2821, 10/6/2014.

tes la oportunidad de ejercer su derecho de defensa -consagrado en el artículo 18 de la Constitución Nacional- con la amplitud que exige la garantía del debido proceso además de ser una ocasión en donde el Estado cumple su deber de informar a la persona respecto de sus derechos y obligaciones conforme lo establece el artículo 9 inc. a de la Ley N° 25.871¹⁵.

El procedimiento elegido por el Estado para llevar adelante la puesta en conocimiento (notificación) y participación de la persona dentro de un plazo determinado (emplazamiento) replica el mecanismo históricamente utilizado por la autoridad jurisdiccional; a saber, confección y firma de una cédula acompañada de copias, la cual, en este caso, es llevada por un representante de la autoridad migratoria hasta el domicilio denunciado por el migrante en el expediente administrativo o eventualmente en su lugar de detención. Excedería este trabajo avanzar sobre los múltiples recursos que la tecnología aporta para el aviso temprano de contribuyentes, consumidores o deudores en general, y que son utilizados tanto por el Estado como por empresas privadas, sin que ello importe la constitución en mora de sus deudas y que también podrían aplicarse como recordatorio para la persona migrante.

Ahora bien, lo que sí parece reñido con los bienes jurídicos que se tutelan -el bien común en primer lugar y, en segundo, la real posibilidad de defensa de la persona migrante- son las consecuencias que se derivan de la falta de respuesta a la diligencia de notificación. Sostenere que a partir del silencio existe una conformidad con la decisión estatal de expulsión del país (efecto positivo del silencio o presunto consentimiento) es una extrapolación de las consecuencias que genera la falta de interés en el proceso dispositivo, que en modo alguno se puede sostener sin más, en una materia en la que están involucrados principios que aluden

a la dignidad de la persona humana que exigen una interpretación amplia de ese silencio. Aun aceptando el modo histórico de notificación en el proceso dispositivo, que es donde abrevia el criterio de dar por consentida la resolución a partir del silencio o inactividad procesal, es menester señalar que se debaten allí cuestiones patrimoniales o que comprometen intereses tutelados por el derecho privado. Dichas diligencias, además, son llevadas a cabo por oficiales públicos del poder jurisdiccional de naturaleza imparcial. Son muchas las diferencias entre ambos propósitos.

Ahora bien, cabe recordar que, más allá de los matices que algunos proponen, al derecho administrativo sancionador le caben las garantías propias del derecho penal en tanto participan ambos de la misma naturaleza punitiva estatal y, en ese sentido, de modo alguno puede pensarse que el silencio posterior a la notificación implique conformidad o un desinterés que debe ser sancionado¹⁶.

16 Corte IDH, caso *Baena Ricardo y otros vs. Panamá*, sentencia del 2/2/2001, párr.106: "En relación con lo anterior, conviene analizar si el artículo 9 de la Convención es aplicable a la materia sancionatoria administrativa, además de serlo, evidentemente, a la penal. Los términos utilizados en dicho precepto parecen referirse exclusivamente a esta última. Sin embargo, es preciso tomar en cuenta que las sanciones administrativas son, como las penales, una expresión del poder punitivo del Estado y que tienen, en ocasiones, naturaleza similar a la de éstas. Unas y otras implican menoscabo, privación o alteración de los derechos de las personas, como consecuencia de una conducta ilícita. Por lo tanto, en un sistema democrático es preciso extremar las precauciones para que dichas medidas se adopten con estricto respeto a los derechos básicos de las personas y previa una cuidadosa verificación de la efectiva existencia de la conducta ilícita. Asimismo, en aras de la seguridad jurídica es indispensable que la norma punitiva, sea penal o administrativa, exista y resulte conocida, o pueda serlo, antes de que ocurran la acción o la omisión que la contravienen y que se pretende sancionar. La calificación de un hecho como ilícito y la fijación de sus efectos jurídicos deben ser preexistentes a la conducta del sujeto al que se considera infractor. De lo contrario, los par-

15 Cfr. Fallos: 339:1436.

De hecho, si la notificación se libra al domicilio denunciado por la persona migrante damos por sentado que no ha existido representación letrada. A partir de esto no cabe darle ninguna consecuencia jurídica al silencio posterior y mucho menos una conformidad a una expulsión cuando el silencio no se compadece con la actividad anterior de la persona migrante (argumento derivado del artículo 263 del Código Civil y Comercial). Es el caso del Sr. U.S., a quien se le dio por consentida una orden de expulsión pese a su permanente colaboración previa al dictado del acto administrativo, lo cual daba cuenta de un innegable propósito de radicación.

Párrafo aparte merecen las diversas alternativas a la herramienta jurídica de la notificación personal. Así, de la pretendida notificación “en puerta” del domicilio o la leyenda de que se trata de una zona peligrosa u otras que existen en la práctica estatal –y que vician todo el procedimiento ulterior–, lo único fehaciente que se deriva es que la persona no ha recibido la información adecuada. En el caso del Sr. U.S., la persona acude años después a la sede de la autoridad migratoria y es retenida y expulsada en señal evidente de la falta de asesoramiento.

Observemos, en contraste, con qué rigor la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (Sala II) decide la nulidad de la notificación en un caso en que un notificador no cumplió las formas previstas en las disposiciones del organismo recaudador para avisar a un contribuyente¹⁷.

ticulares no podrían orientar su comportamiento conforme a un orden jurídico vigente y cierto, en el que se expresan el reproche social y las consecuencias de éste”.

17 Cfr. artículo 141 del CPCCN y 153 del Reglamento para la Organización y Funcionamiento de la Oficina de Notificaciones para la Justicia Nacional y Federal, aprobado por la Acordada CSJN 19/80, modificado por la Resolución CM N° 188/2007. Ver fallo Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala II, “Fernández Ramos”. 10/08/2021.

Sobre este aspecto, Gozaíni (2017, 428) recuerda el Caso *Elías Gattass Sahih*, en donde la CIDH, en su informe de admisibilidad, expresó que “la petición se refiere a una serie de aspectos relacionados con los derechos a las garantías judiciales del debido proceso de los ciudadanos extranjeros en los procesos de revocación de su estatus migratorio” para concluir en la posible violación al artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos a partir de la falta de notificación a la persona de la existencia del proceso administrativo en su contra. En el mismo sentido se expidió la Corte IDH, que sostuvo la necesidad de preservar el debido proceso en materia sancionatoria¹⁸.

Los principios aquí expuestos, en tanto aparezcan cumplidos en el procedimiento administrativo, garantizan que la gestión estatal pueda emitir un acto administrativo que contenga los elementos previstos en el artículo 7 de la Ley N° 19.549 y permita el adecuado ejercicio del derecho de defensa de la persona migrante.

II. La discrecionalidad en la decisión estatal

Es menester subrayar junto a García Pulles que “el procedimiento administrativo tiene por finalidad inmediata el dictado de un acto administrativo (originario o de revisión) y, por finalidad mediata primaria, el encauzamiento de las potestades administrativas hacia la realización del derecho y la procura del bien común”. Por esta razón, no resulta posible concebir la legitimidad de esa actividad sin el debido proceso adjetivo y la tutela administrativa efectiva (García Pulles 2020, 192; cita en este el fallo de la CSJN “Astorga Bracht”¹⁹).

18 Corte IDH, caso *Baena Ricardo y otros v. Panamá*, párr. 126.

19 Ver CSJN. “Astorga Bracht”. 14/10/2004. Fallos

En el caso del Sr. U.S., como hemos descripto más arriba, a la absoluta orfandad de defensa técnica se sumó que la actividad estatal tuvo en miras determinar la existencia del antecedente que le permitiera activar el mecanismo de expulsión. Esto, sin haberse interesado por determinar la existencia de las condiciones personales del Sr. U.S. que acaso hubieran podido abonar una decisión no solo fundada en un antecedente, sino, además, en pautas de proporcionalidad o razonabilidad.

En el procedimiento administrativo rige el principio de la verdad material²⁰. De allí que el ordenamiento jurídico tuitivo ponga a cargo de la Administración la prueba de los antecedentes del caso, aún en ausencia de la actividad de la parte a tal fin (García Pulles 2020, 209). Por esta razón, a la luz del principio de reunificación familiar que funda el régimen migratorio²¹, la determinación del cuadro familiar de una persona migrante constituye un aspecto insoslayable que compromete la legalidad del procedimiento previo al dictado del acto y que se agrava ante la falta de asistencia letrada de la persona, como hemos visto.

De allí que analizar el modo en que el Estado ejerce su voluntad discrecional en aquellos supuestos en donde sí se considera la realidad familiar de la persona migrante (a diferencia de lo ocurrido en el caso del Sr. U.S.) constituye un aspecto central. Por esa razón, la doctrina legal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación avanzó con algunas consideraciones de interés.

Los últimos fallos de la Corte Suprema de Justicia sobre la materia (“Barrios Rojas” y “Otoya Piedra”) son contestes –a través de la siempre dificultosa construcción de una

unanimidad fragmentada– en reconocer que el artículo 29 de la Ley N° 25.871 facultó a la Dirección Nacional de Migraciones, solo por razones humanitarias o de reunificación familiar, a dispensar excepcionalmente y de modo fundado una orden de expulsión. Asimismo, destacaron que esas razones resultan una excepción a la regla y, por lo tanto, deben ser interpretadas de modo restrictivo (véanse los considerandos 10 y 11 del voto del juez Rosenkrantz y la jueza Highton de Nolasco; 10 y 11 del voto de los jueces Maqueda y Lorenzetti; y 8 y 13 del voto del juez Rosatti).

Es dable advertir con énfasis que el rol protagónico que la Corte le otorga a la causal de impedimento de permanencia en el país (generalmente un antecedente penal). De todas maneras, su existencia no exime al Estado de realizar la ponderación de todas las circunstancias objetivas y subjetivas que componen la decisión de expulsar o no a una persona. Esta obligación estatal se fundamenta en la legalidad misma del proceder estatal, como principio de derecho público, y en el principio de unidad familiar de la Ley N° 25.871, que debe ser resguardado como principio del régimen migratorio.

Luis Cesarini ha dicho que “ha de colegirse que a mayor *imperium puniendi* atribuido a la autoridad administrativa, mayor debe ser el celo de ésta por demostrar que en el ejercicio de su poder sancionatorio obró correctamente”²². Agrega el autor que la discrecionalidad implica siempre el ejercicio de una opción entre alternativas más o menos justas. Y me permito agregar que, en materia migratoria, este aspecto necesariamente electivo (y valorativo) de la decisión discrecional no se concibe sin los aportes respecto de las circunstancias de vida de la persona que solo

327:4185.

20 Cfr. Ley N° 19.549, artículo 1 inc. f, apartado 2 en función del art. 7, inc. b y f.

21 Cfr. Ley N° 25.871, artículos 3 y 10.

22 Cesarini, Luis E. 2012 “El control jurisdiccional de las sanciones administrativas” en Alonso Regueira, Enrique (Coord.) LA LEY, 2012, 1 LA LEY 2012-F, 1244.

aparecen garantizados con la comparencia debidamente asistida de la persona en el marco del proceso de sanción administrativa. Dice Cassagne, en este mismo sentido, que “la Administración se encuentra obligada, bajo sanción de nulidad absoluta, a proporcionar las razones por las cuales optó por una decisión entre dos o más posibles”²³.

Me permito señalar que si la decisión estatal tomada con margen de discrecionalidad prescinde de la ponderación expresa de las circunstancias familiares que rodean a la persona se trata de una expresión derivada de la sola voluntad estatal y, por ende, susceptible de arbitrariedad. Obsérvese que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha puesto énfasis en señalar la relación entre el debido proceso legal y la necesidad de evitar márgenes inadecuados de discrecionalidad que pudieran fomentar prácticas arbitrarias y discriminatorias, tratándose de grupos signados por un estado de vulnerabilidad²⁴. En el mismo sentido, la Corte IDH, alertó sobre el uso de facultades discrecionales en materia migratoria²⁵.

Como se advertirá, la cuestión es de suma trascendencia. Así como se ha dicho que lo discrecional no puede ser irrazonable agregamos aquí que, sin la ponderación de la vida de la persona en concreto, lo discrecional se

transforma en arbitrario, lo cual puede dar cuenta de una práctica estatal discriminatoria.

Observemos que en el voto concurrente de la Dra. Highton de Nolasco y del Dr. Rosenkrantz en “Barrios Rojas” se desestima la mera existencia de una familia, la reinserción en la sociedad de Barrios Rojas, los diecisiete años transcurridos desde la condena, los vínculos familiares acreditados (pareja, padres, hijos mayores, sobrinos y nietos). Todo ello en razón de que en la Ley N° 25.871 los mismos no se hallan previstos expresamente como obstáculos a la expulsión.

Sin embargo, en relación a la necesaria ponderación del Estado de la realidad familiar, los votos concurrentes de los ministros Maqueda y Lorenzetti en el mismo fallo subrayan que la perturbación familiar que genera una deportación en los adultos (que tampoco está en la ley), no podrá ser considerada una injerencia arbitraria del Estado que vulnere el derecho a la protección familiar “si la orden de deportación se dictó con arreglo a derecho, en defensa de los legítimos intereses del Estado *y teniendo debidamente en cuenta las relaciones familiares del deportado*” (el subrayado es nuestro). Por estas razones, los jueces concluyen que no hubo infracción de los artículos 17 y 23 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos²⁶. Por su parte, en el voto concurrente del Dr. Rosatti expresamente se deja a salvo la plena aplicación en materia migratoria del interés superior del niño²⁷.

23 Cassagne Juan Carlos. 2008 “La prohibición de arbitrariedad y el control de discrecionalidad administrativa por el poder judicial” LA LEY. 2008, 1 • LA LEY 2008-E, 1274.

24 CIDH *Documento sobre Acceso a la Justicia como garantía de los Derechos Económicos Sociales y Culturales*, párr. 11 y 13. 2007.

25 Corte IDH, caso Baena Ricardo vs. Panamá párr. 126: “En cualquier materia, inclusive en la laboral y la administrativa, la discrecionalidad de la administración tiene límites infranqueables, siendo uno de ellos el respeto de los derechos humanos. Es importante que la actuación de la administración se encuentre regulada, y ésta no puede invocar el orden público para reducir discrecionalmente las garantías de los administrados”.

26 CSJN, caso “Charles E. Stewart c. Canadá”, Comunicación No. 538/1993, párr. 12.10., Sentencia de noviembre de 1996.

27 CSJN in re Barrios Rojas: “corresponde tener presente que en esta causa la reunificación familiar invocada no incluye prioritariamente a menores de edad sino a personas adultas, por lo que no resulta aplicable de modo decisivo en autos la noción de interés superior del niño, reconocido por cláusulas de rango constitucional (artículo 75, inciso 23, de la Constitución Nacional), de jerarquía constitucional (artículo 3° de la Convención

Por otra parte, en el reciente fallo del 2 de agosto de 2022, la propia Corte Suprema sostuvo la necesidad de cotejar la realidad familiar toda vez que, acreditada la circunstancia sobrevenida del embarazo de la actora, encomendó que “la Dirección Nacional de Migraciones, antes de adoptar cualquier temperamento respecto de la situación migratoria de la actora deberá expedirse acerca de la circunstancia sobrevenida denunciada en esa sede con posterioridad al inicio de esta acción judicial”²⁸.

II.1. Ámbito de ejercicio de la discrecionalidad

Es necesario subrayar que los pronunciamientos mencionados en el apartado anterior se refieren exclusivamente a los supuestos de migrantes en condición irregular. Es decir, a aquellos cuya situación se encuentra regulada por el artículo 29 de la Ley N° 25.871²⁹. En el precedente “Barrios Rojas”, el voto conjunto de los Dres. Maqueda y Lorenzetti, expresamente distingue tres supuestos, que determinan distintas condiciones de la voluntad estatal, a saber, a) los extranjeros en situación irregular, en donde opera la discrecionalidad estatal al dispensar conforme al artículo 29 in fine; b) los extranjeros en situación regular, en

donde el Estado debe dispensar salvo resolución fundada conforme al artículo 62 in fine; c) la situación de los retenidos que alegaren ser padre, hijo o cónyuge de argentino nativo —siempre que el matrimonio se hubiese celebrado con anterioridad al hecho que motivara la resolución— Sobre estos supuestos, los magistrados interpretaron que el artículo mencionado dispone que la DNM “deberá suspender la expulsión y constatar la existencia del vínculo alegado en un plazo de cuarenta y ocho (48) horas hábiles...” y que, “[a]creditado que fuera el vínculo el extranjero recuperará en forma inmediata su libertad y se habilitará respecto del mismo, un procedimiento sumario de regularización migratoria”.

La distinción aparece fortalecida en el considerando 11 del mismo voto conjunto, en donde mencionan que “la mera existencia de un grupo familiar” resulta suficiente para otorgar la dispensa en los supuestos b) y c), quedando descartada la discrecionalidad estatal en estos supuestos.

Agregamos aquí los supuestos regulados por la versión de la Ley N° 25.871 modificada por el DNU70/2017, en donde el régimen legal le concede al Estado discrecionalidad a la hora de dispensar:

- d) aquellos migrantes que hayan incurrido en los incisos a), k) y m) del art. 29 de la Ley 25871 modificada por el D.N.U.70/2017.
- e) aquellos migrantes en situación regular o irregular con antecedentes por delitos cuyo máximo de condena no supere los tres años de prisión o sean culposos, y que hayan sido tratados bajo la Ley 25871 modificada por el D.N.U. 70/2017.

Es decir, en la versión modificada por el régimen de emergencia (hoy derogada, pero que sobrevive en los supuestos afectados por su aplicación), cuando la pena mayor prevista para el delito en cuestión superase los tres años, la autoridad no se hallaba faculta-

de los Derechos del Niño, incorporada por el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional), de nivel legal (artículo 3° de la ley 26.061) y de naturaleza jurisprudencial” (doctrina de Fallos: 318:1269; 322:2701, doct. Fallos: 342:459, voto del juez Rosatti”).

28 CSJN, in re “Condor Ponce, Silvia Haydeé c/ EN – M Interior OP y V – DNM s/ recurso directo DNM”, 2022.

29 Considerando 8°: “El texto de la ley 25.871 regula el derecho de reunificación familiar. El legislador fijó reglas diferentes para la concesión de ese derecho de acuerdo con las circunstancias de cada caso. Como se verá, cada una de esas reglas otorga diferentes facultades a la autoridad migratoria a la hora de evaluar un pedido de reunificación familiar”.

da para dispensar por razones de reunificación familiar o razones humanitarias, con lo cual ninguna discrecionalidad pudo haberse ejercido allí. De ahí su intrínseca inconstitucionalidad, sin perjuicio que su aplicación –a partir de su derogación– violenta la garantía de la ley más benigna de plena aplicación al derecho administrativo sancionador.

III. La revisión judicial

Interesa recalcar aquí que la protección judicial de las personas migrantes establecida en el artículo 89 de la Ley N° 25.871 y los artículos 8 y 25 de la Convención Americana depende, en cuanto a su efectividad, del alcance de la revisión judicial. Es decir, depende de la medida en que el poder jurisdiccional ingrese a valorar la decisión estatal, cuestión que como se observa en los fallos de la Corte mencionados (“Barrios Rojas y “Otoya Piedra”) dista de ser una cuestión pacífica en tanto involucra distintas esferas del poder estatal.

Hemos intentado demostrar hasta aquí que la autoridad migratoria debe tener a la vista y en consideración la realidad de la persona humana que en modo alguno puede estar ausente del proceso en donde se determinan sus derechos, y de ese modo, decidir con perspectiva de los derechos humanos involucrados. Otros verán en esa consideración de la persona humana una condición de legalidad del acto administrativo, un modo de cumplir con recaudos de forma para repeler eventuales impugnaciones al proceder estatal.

De allí que el riesgo permanente de las personas migrantes sea que la actuación estatal adopte una forma de consideración aparente, es decir un comportamiento legítimo desde el punto de vista formal pero que dé cuenta de un proceder automático del Estado.

En este sentido es que la revisión judicial se yergue como una garantía insoslayable en materia migratoria, con un control judicial que

debe ser intenso. El artículo 89 de la ley 25.871 si bien circunscribe el control jurisdiccional a tres aspectos (legalidad, defensa en juicio y razonabilidad), en modo alguno establece límites a la profundidad de la revisión. Ello, por un lado, abre posibilidades al contenido mismo de la acción judicial de revisión de un acto administrativo discrecional. Por otro lado, condiciona la tarea del juez dado que no es dable pensar en una revisión suficiente si la mirada judicial se detiene y se excusa de ingresar a la motivación o a la finalidad del acto que deniega una dispensa, en base a que resulta un acto discrecional del Estado.

Al respecto existe consenso en cuanto a que la revisión del poder jurisdiccional abarca, por un lado, los elementos reglados del acto (a saber: competencia, objeto, finalidad y forma³⁰) y, por otro, el examen de su razonabilidad o la ausencia de arbitrariedad. Sin embargo, afirma García Pulles (2020,163) que la proporcionalidad no es un mero criterio para el control de mérito u oportunidad, desconectado del control de legalidad que corresponde a la jurisdicción, toda vez que la proporcionalidad entre la decisión y su finalidad está expresamente prevista en el artículo 7 inc. F de la Ley N° 19.549.

Tal como expresa Coviello³¹, en materia administrativa el principio de razonabilidad constituye el paradigma en materia de control de la discrecionalidad que “el juicio de razonabilidad es muchas veces el último remedio para purgar las decisiones arbitrarias de los poderes públicos que afectan a los administrados”³².

30 Cfr. Ley N° 19.549, artículo 7.

31 Coviello, Pedro J. “El principio de proporcionalidad en el procedimiento administrativo”, Revista Derecho PUCP, nro. 67, ps. 139-153 <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/3009/3511> 31 de julio de 2020).

32 CSJN in re “Industrias Maderera Lanin”: “[L]a cir-

Cabe tener en cuenta que, la Corte Suprema en “Barrios Rojas” da cuenta de criterios con virtualidad suficiente para juzgar la razonabilidad de lo decidido, tales como la presencia de niños (voto del Dr. Rosatti) o un singular desamparo o grado de dependencia de los adultos (Dres. Maqueda y Lorenzetti).

En relación a ello, existen desarrollos en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos que han sistematizado la jurisprudencia de los organismos internacionales en base también a las realidades de la región y que –a partir de la labor de la CIDH–, se han elevado al rango de estándares de dicho organismo para la solución de cuestiones vinculadas a la expulsión y al principio de unidad familiar³³. Estos no han sido tomados en cuenta por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los dos fallos ya citados.

III.1. La medida cautelar de retención

Si la cuestión del análisis de razonabilidad convoca al poder jurisdiccional a ejercer el debido control en aquellos supuestos en donde la persona migrante ha logrado desplegar su realidad familiar o de salud o de arraigo, pensemos la importancia que puede tener ejercer dicho control en otros supuestos. En particular, en aquellos en los que la pretensión estatal consiste en lograr la retención

cunstanza de que la administración obra en ejercicio de facultades discrecionales, en manera alguna puede aquí constituir un justificativo de su conducta arbitraria; puesto que es precisamente la razonabilidad con que se ejercen tales facultades, el principio que otorga validez a los actos de los órganos del Estado y que permite a los jueces, ante planteos concretos de parte interesada, verificar el cumplimiento de dicha exigencia” (Fallos 298:223).

33 Cfr. CIDH *Derechos humanos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazados internos: Normas y Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 46/15 31 diciembre 2015.

con fines de deportación de la persona en los términos del artículo 70 de la Ley N° 25.871 luego de un procedimiento administrativo llevado a cabo en ausencia de la persona.

Me refiero concretamente a los supuestos –como el que hemos descripto en este trabajo relativo al Señor U.S.– en donde ha existido una ausencia de defensa de la persona migrante en la etapa previa al dictado de la expulsión y una ausencia de la persona en la etapa impugnativa. Piénsese en la labor del juez o de la jueza que debe ordenar la retención y, como toda medida cautelar, solo cuenta con la versión de la autoridad migratoria y el soporte documental que se le adjunte.

Pensemos por otra parte que, en muchas ocasiones, la persona –en estado de total vulnerabilidad y falta de información– acude a la sede de la autoridad migratoria a renovar su residencia precaria, sin saber (evidentemente) que sobre su situación pesa una orden de expulsión firme y que, mientras ha ido renovando su residencia precaria, el Estado está intentando lograr la orden de retención, por lo que, si no es en esta oportunidad, en la próxima ocasión que se presente será retenida y deportada. Este dato puede o no estar en la copia del expediente administrativo que integra la documental de la medida cautelar. De allí la labor decisiva del poder jurisdiccional en el tratamiento de estas medidas, en tanto se constituye en el último garante de las condiciones de legitimidad del acto.

La Comisión Interamericana ha indicado que los procedimientos que pueden resultar en la expulsión o deportación de una persona involucran determinaciones sobre derechos fundamentales, lo que exige la interpretación más amplia posible del derecho al debido proceso³⁴.

34 CIDH, Informe No. 49/99. Caso 11.610. Loren Laro-ye Riebe Star, Jorge Barón Guttlein y Rodolfo Izal Elorz (México). 13 de abril de 1999, párr. 70.

A partir de las consideraciones vertidas, hay algunas precisiones que es necesario resaltar:

- a. La orden de retención resulta prematura si la orden de expulsión se debate en sede judicial al momento de la resolución de la cautelar³⁵.
- b. Según lo dispuesto por el artículo 70 de la Ley N° 25.871 existe en esta situación jurídica una última oportunidad de conocer la realidad familiar de la persona migrante. Nuevamente, se replican aquí las garantías que hemos descripto respecto de la obligación de la autoridad de informar su finalidad de realizar el derecho y el derecho a ser oído por parte de la persona retenida. Esto, dado que, en caso que aparezcan vínculos desconocidos por la autoridad migratoria, y una vez acreditados los mismos, debe suspenderse la medida, otorgar la libertad e iniciarse un trámite de regularización migratoria. En este sentido el voto del Dr. Rosenkrantz en los fallos “Barrios Rojas”, “Otoya Piedra” y “Condor Ponce” da cuenta de esta instancia final, que como vemos actúa como un mandato para la autoridad y atraviesa de modo transversal y sin distinción, cualquier condición migratoria.
- c. La garantía de asistencia letrada en esta situación jurídica deriva del propio artículo 86 de la Ley N° 25.871 y su reglamentación que, sin distinguir etapas, ordena la intervención de la defensa pública ante cualquier planteo de la persona migrante.

De allí que los principios que hemos recordado deben cumplimentarse en debida forma de modo de evitar el escándalo jurídico que implica la deportación de quien es captado en estado de sorpresa y en plena desinformación y vulnerabilidad.

IV. Conclusiones

A modo de resumen, podemos concluir los siguientes puntos más relevantes que se derivan del presente trabajo.

1. Según la Ley N° 25.871, para que el procedimiento administrativo en donde se determine la situación de una persona en contexto de movilidad cumpla su finalidad de realizar el derecho, aquél debe contener la participación necesaria de la persona con las garantías de asistencia letrada.
2. La defensa pública es autónoma, libre de injerencias y de control por parte de los otros poderes del Estado.
3. El silencio posterior de la persona migrante al acto de notificación de la medida de expulsión del país no puede ser interpretado como conformidad con la sanción.
4. La discrecionalidad estatal a la hora de dispensar se aplica a los supuestos de personas en situación irregular en los términos de la Ley 25.871.
5. La falta de razonabilidad de la medida tiene más potencial como argumento de impugnación que la falta de motivación del acto, según los votos concurrentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.
6. El juez o la jueza que debe resolver la retención de la persona, en supuestos en donde no existió asistencia letrada, es el único (y último) garante de la validez del procedimiento y debe velar por la legalidad del acto, del debido proceso y de la razonabilidad.
7. La jueza o el juez debe velar por el derecho a ser oído de la persona ya retenida a los fines del trámite de regularización del artículo 70 de la Ley N° 25.871.

35 Cfr. CSJN. “Vidal”. 26/4/2022.

Bibliografía

Casarini, Luis E. 2012. “El control jurisdiccional de las sanciones administrativas” Alonso Regueira, Enrique (Coord.) LA LEY 07/12/2012, 1. LA LEY 2012-F, 1244.

Cassagne Juan Carlos. 2008. *La prohibición de arbitrariedad y el control de discrecionalidad administrativa por el poder judicial* LA LEY 29/09/2008, 1. LA LEY 2008-E, 1274.

Coviello, Pedro José Jorge. El principio de proporcionalidad en el procedimiento administrativo, Revista Derecho PUCP, N°67 p. 139-153, <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/3009/3511> 31 de julio de 2020.

García Pullés, Fernando. 2020. *Principios del Derecho Administrativo Sancionador*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Gozáini, Osvaldo A. 2017. *El debido proceso: estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Santa Fe. Rubinzal Culzoni.

Hutchinson, Tomás. 2006. *Régimen de Procedimientos Administrativos* Ley 19.549 8va.edición. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Astrea.

Martínez, Silvia Edith. 2021. Jornada “Defensa Pública y Corte Interamericana de Derechos Humanos”, organizado conjuntamente por la ADEPU y la Corte IDH, que se llevó a cabo de manera virtual los días 20 y 25 de octubre de 2021.