

Integración Regional & Derechos Humanos / Revista Regional Integration & Human Rights / Review

Año VIII – Nr. 2 – 2º semestre 2020



Cofinanciado por el
programa Erasmus+
de la Unión Europea



Integración Regional & Derechos Humanos /Revista Regional Integration & Human Rights /Review

Revista del Centro de Excelencia Jean Monnet
Universidad de Buenos Aires – Argentina

Segunda época
Antigua Revista Electrónica de la Cátedra Jean Monnet
(2013 - 2019)

Año VIII – N° 2 – segundo semestre 2020

ISSN: 2346-9196

Av. Figueroa Alcorta 2263 (C1425CKB)
Buenos Aires - Argentina
jeanmonnetcentre@derecho.uba.ar

Se permite la copia o redistribución parcial de la presente obra exclusivamente haciendo referencia a la revista, con indicación del nombre, número, año de publicación, nombre del autor o autora y nombre del artículo original, indicando asimismo la fuente con un hipervínculo operativo que conduzca al sitio web oficial de la revista. Asimismo, debe dejarse constancia de cualquier cambio que se haya introducido al contenido. Fuera de este supuesto, la revista se reserva todos los derechos.

Por consultas dirigir la correspondencia epistolar o digital a las direcciones indicadas.

EL DERECHO A LA UNIDAD FAMILIAR COMO GARANTÍA EN EL PROCEDIMIENTO MIGRATORIO

Matías Nicolás Pascual¹

Fecha de recepción: 18 de diciembre de 2020

Fecha de aceptación: 13 de enero de 2021

Resumen

El presente trabajo constituye un estudio de la realidad migratoria argentina. Propone un análisis de la cuestión relativa a la movilidad humana, desde el punto de vista del derecho, no dejando de señalar que la materia en estudio, constituye un objeto extremadamente complejo, enhebrado en un entramado de normas de diferentes jerarquías y afectado –en cada realidad nacional– de acuerdo con distintos fenómenos, discursos e imaginarios colectivos. El foco de la presente está compuesto en estudio del derecho a la unidad familiar o reunificación familiar, como una garantía específica del procedimiento migratorio, a la luz de lo dispuesto por los instrumentos internacionales de derechos humanos en las condiciones de su vigencia y desde una interpretación dinámica de la normativa.

Palabras clave: Unidad Familia – Reunificación familiar – Familia – Garantías judiciales – Procedimiento migratorio

Title: The right to family unity as a guarantee in the immigration process.

Abstract

The present work constitutes a study of the Argentine migratory reality. It proposes an analysis of the issue related to human mobility, from the point of view of law, while noting that the matter under study constitutes an extremely complex object, threaded in a network of norms of different hierarchies and

¹ Abogado (Universidad de Buenos Aires, Argentina). Prosecretario Letrado de la Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal. Docente en el Curso Virtual de Actualización de Derecho Migratorio de la Asociación Pensamiento Penal, Argentina. Contacto: matias.pascual@pjn.gov.ar.

affected –in each national reality– according to different phenomena, discourses and collective imaginations. The focus of this document is on the study of the right to family unity or family reunification, as a specific guarantee of the migration procedure, in light of the provisions of international human rights instruments in the conditions of their validity and from a dynamic interpretation of the regulations.

Keywords: Family unity – Family reunification – Family – Judicial guarantees – Migration procedure

“Toda persona tiene el deber de asistir, alimentar, educar y amparar a sus hijos menores de edad, y los hijos tienen el deber de honrar siempre a sus padres y el de asistirlos, alimentarlos y ampararlos cuando estos lo necesiten” (art. XXX, DADyDH).

I. Introducción a la cuestión relativa a la movilidad humana, enfoque y propuesta

El análisis de la cuestión relativa a la movilidad humana constituye un objeto de estudio extremadamente complejo, en el cual confluyen múltiples factores, realidades y discursos.

Este estudio parte de la premisa de que el derecho a la unidad familiar o reunificación familiar (derivado de la protección de la familia) se proyecta sobre las garantías específicas del procedimiento migratorio, a la luz de lo dispuesto por los instrumentos internacionales de derechos humanos en las condiciones de su vigencia y desde una interpretación dinámica de la normativa.

Desde el punto de vista del derecho argentino, la materia resultó influenciada por diferentes enfoques (MÁRMORA, 2004), aunque en la actualidad, podemos afirmar que los instrumentos internacionales de derechos humanos

acotan el margen discrecional que los Estados Nacionales algunas veces invocan para regular e interpretar la materia.

Dicha postura se abona si interpretamos la normativa migratoria en armonía con el ordenamiento jurídico restante y con los principios y garantías de la Constitución Nacional², como así también los instrumentos internacionales de derechos humanos que poseen jerarquía constitucional en las condiciones de su vigencia (art. 75 inc. 22 de la CN). Esto es, de acuerdo con las opiniones y decisiones vertidas por los órganos y tribunales competentes para su interpretación y aplicación³, considerando que éstos son instrumentos vivos, cuya exegesis tiene que acompañar la evolución de los tiempos y condiciones de vida actuales⁴.

En efecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene dicho que, en el ejercicio de su facultad de fijar políticas migratorias, los Estados pueden establecer mecanismos de control de ingreso a su territorio y salida de él con respecto a las personas que no sean nacionales suyas, *siempre que dichas políticas sean compatibles con las normas de protección de los derechos humanos establecidas en la Convención Americana*. En tal sentido, destacó que si bien los Estados guardan un ámbito de discrecionalidad al determinar sus políticas migratorias, *los objetivos perseguidos por las mismas deben respetar los derechos humanos de las personas migrantes*⁵.

De acuerdo con lo antes expuesto, en concordancia con la postura precedentemente planteada, la Corte IDH destacó que el derecho internacional desarrolló ciertos límites a la aplicación de políticas migratorias que imponen, en procedimientos de expulsión o deportación de extranjeros, un *apego estricto a*

² CSJN, 08/11/72, "Nación c/ N.N. y/o Varela, Juan Pedro", Fallos: 281:146.

³ CSJN, 07/04/95, "Girolodi Horacio David y otro s/Recurso de Casación –Causa N° 32", Fallos: 318:514; 12/09/96, "Bramajo, Hernán Javier s/ incidente de excarcelación - causa n° 44.891", Fallos: 319:1840; 07/03/06, "Reinoso, Luis Alberto s/ causa N° 2043/2184", Fallos: 329:518; entre otros.

⁴ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-21/14, Derechos y Garantías de Niñas y Niños en el Contexto de la Migración y/o en Necesidad de Protección Internacional, 19/09/14, Serie A N° 21, párr. 55.

⁵ Corte IDH, Caso Velez Loor vs. Panamá (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 23/11/10, Serie C N° 218, párr. 97; en igual sentido, Corte IDH, Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 28/09/14, Serie C N° 282, párr. 350.

las garantías del debido proceso, la protección judicial y al respeto de la dignidad humana, cualquiera sea su condición jurídica o estatus migratorios del migrante⁶.

Partiendo de estas premisas, en los capítulos subsiguientes desarrollaremos el estándar de las garantías que resultan los aplicables en los procedimientos migratorios, a luz de lo dispuesto por el derecho internacional de los derechos humanos de las personas migrantes.

Delimitado el objeto del presente trabajo, si analizamos el contexto migratorio actual, la realidad internacional nos indica la presencia de diferentes fenómenos de movilidad humana, presentes en todas las regiones del planeta y motivada por múltiples factores⁷.

Tanto en la actualidad, como anteriormente, los seres humanos practican su derecho a desplazarse libremente con diferentes motivos, pudiendo responder a cuestiones de origen cultural, político, económico, medio ambiental, familiar, entre otros.

Tales factores pueden motivar que la persona decida trasladarse y hacer uso de su derecho a transitar libremente. Sobre el punto, la doctrina tiene dicho que desde el punto de vista jurídico *lato sensu*, esta prerrogativa constituye una proyección material de la libertad personal la cual puede referirse al simple querer aplicado a la ubicación, al domiciliarse o a la circulación, pero que también –las más de las veces– constituye un medio para la realización de decisiones de mayor importancia; esto es, porque la persona quiere viajar, trasladarse, porque le es necesario para las actividades que ha decidido emprender, o para sus relaciones sociales, o para su salud, o para cualquiera otra finalidad lícita que persiga (ROSATTI, 2010: pp. 351-352; RECASÉNS SICHES, 1967: p. 577).

Como podemos observar, el derecho a migrar muchas veces se relaciona con el proyecto de vida de las personas migrantes, como así también con el ejercicio y goce de otros derechos.

⁶ Corte IDH; Caso Familia Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional de Bolivia, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 25/11/13, Serie C N° 272, párr. 129; con cita de Corte IDH, Caso Vélez Loor Vs. Panamá, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 23/11/10, Serie C N° 218, párr. 100; Corte IDH, Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana, (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 24/10/12, Serie C N° 251, párr. 154; y Corte IDH, Opinión Consultiva OC-18/03, Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, 17/09/03, Serie A N° 18, párs. 118 y 119.

⁷ Con respecto al panorama regional se puede consultar, MARTÍNEZ PIZARRO, 2003.

Ahora bien, los Estados Nacionales –de acuerdo con diferentes vaivenes políticos– pueden adoptar una visión securitaria con relación a la regulación de la materia, la cual puede entrar en conflicto con los intereses y derechos de las personas migrantes y sus familiares, tal como abordaremos con algunos ejemplos jurisprudenciales, pese a que este tipo de posturas (inspiradas en el miedo) demuestran reiteradamente su ineficacia en la concreción de los fines perseguidos (ROSATTI, 2010: p. 334).

A la luz de tales contradicciones, los instrumentos internacionales de Derechos Humanos prevén una serie de garantías, que resultan también aplicables a los procedimientos migratorios, entre ellas, el debido proceso adjetivo y la razonabilidad de las decisiones de gobierno⁸.

El presente trabajo no pretende desconocer las potestades que los Estados Nacionales poseen para regular el ingreso y el egreso de las personas no nacionales en su territorio, sino sintetizar los estándares internacionales existentes en la materia y que pueden servir a los efectos interpretar el margen de discrecionalidad que éstos poseen.

La problemática en estudio será analizada desde ese enfoque y partiendo de la premisa que los fenómenos migratorios constituyen un factor de crecimiento inclusivo y de desarrollo sostenible, tal como fue plasmado en la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible aprobado por los Estados Miembros de la Organización de las Naciones Unidas en 2015⁹.

No obstante ello, no puede escapar de nuestro conocimiento la operación de diversos prejuicios en torno a la realidad migratoria, los que muchas veces son replicados por medios de comunicación e infelizmente, algunas veces también, por los funcionarios encargados de dirimir este tipo de conflictos (GONZÁLEZ, 2016).

⁸Corte IDH, Opinión Consultiva OC-18/03, Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, 17/09/03, Serie A N° 18, párr. 122 y 123; con cita de Corte IDH Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 02/02/01, Serie C N° 72, párr. 124; Corte IDH Caso Ivcher Bronstein vs. Perú (Reparaciones y Costas), sentencia del 06/02/01, Serie C N° 74, párr. 102; Corte IDH Caso del Tribunal Constitucional, sentencia del 31/01/01, Serie C N° 71, párr. 69; y Corte IDH Opinión Consultiva OC-9/87, Garantías Judiciales en Estados de Emergencia, del 06/10/87, Serie A N° 9, párr. 27.

⁹ Ver Resolución aprobada por la Asamblea General de la ONU el 25 de septiembre de 2015. Accesible en: https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/70/1&Lang=S

Los diversos factores de desigualdad que se verifican en la población migratoria, conllevaron a que la Corte IDH identificara al colectivo migrante (en particular a las personas en situación irregular) como un grupo en situación de vulnerabilidad, ya que son los más expuestos a las violaciones potenciales de sus derechos y sufren, a consecuencia de su situación, un nivel elevado de desprotección de sus derechos. Además, aclaró que esta condición de vulnerabilidad, conlleva una dimensión ideológica y se presenta en un contexto histórico que es distinto para cada Estado, y es mantenida por situaciones *de jure* (desigualdades entre nacionales y extranjeros en las leyes) y *de facto* (desigualdades estructurales)¹⁰.

Ahora bien, el presente trabajo, no pretende ofrecer un estudio profundo de cómo se construye el imaginario colectivo en torno a la movilidad humana, sino que –sin dejar de advertir esa situación– desarrollaremos herramientas técnicas jurídicas para el empoderamiento de las personas migrantes en la defensa de sus derechos, objetivos que también fueron plasmados en la citada Agenda de Desarrollo Sostenible (arg. ONU, Agenda 2030, punto 23).

En efecto, más allá de las problemáticas coyunturales propias de cada país y región, de acuerdo con los estudios presentados por la Organización Internacional para las Migraciones, la realidad demuestra que “[l]a migración es un fenómeno de alcance mundial que afecta a la vida de la mayoría de las personas. Se estima que 258 millones de personas son migrantes internacionales (UN DESA, 2017), y en este mundo cada vez más interconectado, millones más se ven afectados a través de vínculos familiares, intercambios económicos y conexiones culturales. La migración es un poderoso impulsor del desarrollo sostenible, para los propios migrantes y para sus comunidades en los países de origen, tránsito y destino”¹¹.

¹⁰ Corte IDH, Caso Familia Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional de Bolivia, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 25/11/13, Serie C N° 272, párr. 128; con cita de Corte IDH, Opinión Consultiva OC-18/03, Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, 17/09/03, Serie A N° 18, párrs. 112 y 114; Corte IDH, Caso Vélez Loor Vs. Panamá, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 23/11/10, Serie C N° 218, párr. 98; y Corte IDH, Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana, (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 24/10/12, Serie C N° 251, párr. 152.

¹¹ Ver: ONU-OIM (2018), La migración en la Agenda 2030, Guía para profesionales, Ginebra, OIM. Accesible en: <https://publications.iom.int/books/la-migracion-en-la-agenda-2030-guia-para-profesionales>.

Por otro lado, conviene también señalar que el fenómeno migratorio, está muchas veces íntimamente relacionado con los derechos del niño, ya que se estima que aproximadamente 1 de cada 70 niños en el mundo vive en un país diferente al de su nacimiento (WALES, AIAZZI; 2017). Frente a estas situaciones, la normativa migratoria debe ser interpretada en forma sistemática a la luz de los derechos internacionales de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, como así también de acuerdo con la legislación específica que cada país puede poseer, en el caso de Argentina, por la Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes N° 26.061 (B.O. 26/10/05).

En tal sentido, la normativa aplicable en materia de niñez y adolescencia, de acuerdo con la hermenéutica antes planteada, nos permite afirmar que en su condición de sujetos autónomos de derecho, los niños deben ser escuchados en los procedimientos migratorios relativos a la expulsión de sus familiares, siempre que esa sea su voluntad, ya sean estos administrativos o judiciales, en tanto que, lo que allí se decide, puede poner en juego el interés superior del niño y el derecho a la unidad familiar (PASCUAL, 2020).

En último lugar, resulta pertinente señalar que, siguiendo una mecánica deconstructivista de la terminología de las palabras, que considero nos debemos todos los intérpretes del derecho —en post de promover condiciones de igualdad de trato (arg. art. 75 inc. 23 de la CN)—, no haremos referencia al término “menor” muchas veces utilizado para denominar a personas por su condición de niña, niño o adolescente, por compartir la opinión de otros profesionales del derecho, en cuanto que, dicho término cosifica a este tipo de personas por la condición de su edad.

II. El origen del principio de unidad familiar: la protección de la familia

Partiendo de las premisas que anteceden, un primer interrogante que podríamos plantearnos es el origen normativo del principio de unidad familiar. En tal sentido, más allá de su previsión específica en diferentes artículos de la Ley de Migraciones, podemos considerar que este principio constituye una

derivación de la protección integral de la familia a la que hace referencia el artículo 14 bis de la CN.

En concordancia con ello, también encontramos una expresa referencia al concepto de familia (y a la protección que merece por parte del Estado) en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, que poseen jerarquía constitucional, previstos en el artículo 75 inciso 22 de la CN, los cuales debemos considerar complementarios de los derechos y garantías reconocidos en la CN.

En tal sentido, el artículo 11.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante CADH) prescribe que “[n]adie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación”.

Complementando dicha disposición, el artículo 17 del referido instrumento internacional, titulado Protección a la Familia, en lo que aquí interesa, establece: “1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y *debe ser protegida por la sociedad y el Estado*. (...) 4. Los Estados Partes *deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo*. En caso de disolución, *se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos*” (en similar sentido, artículos VI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (en adelante DADyDH) 12 y 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (en adelante DUDH), y 23 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales Sociales (en adelante PIDESC); (el destacado no es del original).

Asimismo, el artículo 10 del PIDESC también prevé que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad, a la cual *se le debe conceder la más amplia protección y asistencia posibles*. Podemos considerar que la previsión expresa que antecede, constituye un estándar que los operadores del derecho deberíamos atender al momento de analizar, intervenir y decidir sobre cualquier situación familiar.

Por otro lado, la protección de la familia, encuentra una íntima relación con los deberes y derechos derivados de los vínculos familiares. Estos últimos, no se encontraban previstos expresamente en el texto original de la CN, sino que –con carácter previo a la reforma constitucional del ‘94– debían ser analizarlos de acuerdo con las leyes que reglamentaban su ejercicio, esto es, por el Código Civil y Comercial de la Nación argentina (en adelante CCyCN). No obstante ello, en la actualidad, los deberes y derechos de los miembros del grupo familiar dejaron de ser de carácter implícito (art. 33 de la CN argentina) y se encuentra expresamente previstos (75 inc. 22 de la CN argentina).

En tal sentido, el artículo XXX de la DADyDH establece que “[t]oda persona tiene el deber de asistir, alimentar, educar y amparar a sus hijos menores de edad, y los hijos tienen el deber de honrar siempre a sus padres y el de asistirlos, alimentarlos y ampararlos cuando éstos lo necesiten”.

Como podemos inferir de lo allí dispuesto, esos derechos deben ser analizados desde una doble perspectiva. Por un lado, la disposición transcrita prevé los deberes asistencia, alimentarios, educativos y de amparo que los padres poseen con respecto a los niños menores edad; y por el otro, los idénticos deberes que poseen los hijos mayores con respecto a sus progenitores cuando estos lo necesiten. Esta última situación se puede dar naturalmente, por el cause de la vida, al llegar los progenitores a una edad avanzada, como así también ante situaciones de enfermedad o cualquier otro tipo de necesidad que pudiera plantearse en cada caso concreto.

En igual sentido, el artículo 5 de la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante CDN) también establece que “[l]os Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención”.

Con relación a este derecho (conf. arts. 11 y 17 de la CADH y VI de la DADyDH), la Corte IDH tiene dicho que *el derecho a la protección de la familia*

implica no sólo disponer y ejecutar directamente medidas de protección de los niños, sino también *favorecer, de la manera más amplia, al desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar*, toda vez que el disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye un elemento fundamental en la vida de familia¹².

En virtud de lo antes expuesto, podemos afirmar que los deberes y derechos previstos en las disposiciones que anteceden, alcanzan todo el núcleo familiar y deberían ser interpretado con un carácter continuo y no sujeto a la existencia de niños.

En sentido concordante con el postulado que antecede, el CCyCN prevé que los parientes se deben alimentos, entre ascendientes y descendientes, como así también entre los hermanos (conf. art. 537 y ss. del citado plexo legal). De igual modo, prescribe que los cónyuges (y convivientes) se deben asistencia y alimentos mutuos, se comprometen a desarrollar un *proyecto de vida en común* basado en la *cooperación, la convivencia* y el deber moral de fidelidad (conf. art. 431 y ss. del CCyCN).

Por otro lado, resulta menester señalar que el derecho a la protección de la familia (y las garantías judiciales necesarias para ello), es uno de los *derechos fundamentales que no admiten suspensión* por parte de los Estados, aún frente a la verificación de circunstancias excepcionales, tal como se encuentra previsto en el artículo 27 de la CADH¹³ (en similar sentido, GARCÍA MELE, 2013: pp. 283-

¹² Corte IDH, Opinión Consultiva OC-21/14, Derechos y Garantías de Niñas y Niños en el Contexto de la Migración y/o en Necesidad de Protección Internacional, 19/09/14, Serie A N° 21, párr. 264, con cita de Corte IDH, Opinión Consultiva OC-17/12, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, 28/09/02, Serie A N° 17, párs. 66 y 72; Corte IDH, Caso Familia Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional de Bolivia, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 25/11/13, Serie C N° 272, párr. 226; y Corte IDH, Caso Forneron e hija vs. Argentina (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 27/04/12, Serie C N° 242, párr. 47.

¹³ El art. 27 de la CADH, titulado, Suspensión de Garantías, prevé: "1. En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte, éste 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, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social. /// 2. La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica); 4 (Derecho a la Vida); 5 (Derecho a la Integridad Personal); 6 (Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre); 9 (Principio de Legalidad y de Retroactividad); 12 (Libertad de Conciencia y de Religión); 17 (Protección a la Familia); 18 (Derecho al Nombre); 19 (Derechos del Niño); 20 (Derecho a la Nacionalidad), y 23 (Derechos Políticos), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos".

305). En tal sentido, la Corte IDH, en la Opinión Consultiva OC-9/87 relativa a las Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (del 06/10/87, Serie A N° 9), desarrolló un estándar sobre las garantías judiciales que los Estados deben asegurar en tales supuestos, aspectos que serán desarrollados más adelante.

III. El concepto de familia

Sentado lo expuesto, conviene hacer una breve referencia a las posibles interpretaciones en torno a la extensión del concepto de familia al que hace referencia la ley de migraciones, particularmente de lo previsto en el artículo 29 última parte.

Si nos ajustamos al texto literal de la norma, si bien el artículo 29 *in fine* de la Ley N° 25.871 hace mención del concepto “reunificación familiar”, dicha disposición no estipula expresamente los vínculos familiares que se incluyen en dicho concepto. Por este motivo, de acuerdo con el método interpretativo que empleemos, su extensión puede variar.

Ahora bien, de acuerdo con la exégesis y el enfoque planteado al inicio del presente trabajo, si observamos el propio texto constitucional, podemos observar —como fue antes indicado— una mención al concepto de familia en los artículos 14 bis y 75 inciso 19 de la Constitución Nacional argentina (en adelante CN). Sin embargo, estas disposiciones no aportan demasiado en la labor de desentrañar la extensión de dicho concepto, de modo que deberíamos analizarlo de acuerdo con las leyes que reglamenten su ejercicio (art. 14 de la CN argentina).

Podríamos considerar que esta remisión, nos conduciría a dos cuerpos legales distintos. Por un lado, regulando específicamente la materia migratoria, el artículo 10 de la Ley de Migraciones prevé expresamente que el Estado garantizará el derecho de reunificación familiar de los inmigrantes con sus padres, cónyuges, hijos solteros menores o hijos mayores con capacidades diferentes (esta redacción se mantuvo en el texto previsto en el Decreto N° 70/17,

B.O. 30/01/17). Este último criterio también resultaría abonado si siguiéramos una interpretación literal de la norma¹⁴.

No obstante ello, podríamos también considerar que esta remisión, además nos conduce a las disposiciones del CCyCN, que regulan con carácter general los vínculos familiares, criterio que encuentra también sustento en una interpretación sistémica del plexo normativo¹⁵.

El citado código, nos permite incluir dentro del concepto en estudio, a los vínculos familiares derivados del matrimonio (arts. 401 y ss.), de las uniones convivenciales (art. 509 y ss.), como así también a los ascendientes y descendientes (abuelos, hijos, nietos, etc.), los hermanos (sean estos bilaterales o unilaterales, conf. art. 534) y a los vínculos de parentesco por adopción o afinidad (arts. 535 y 536).

Continuando con la exégesis planteada al inicio del presente, si recurrimos a los instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional, observamos que los artículos 11 y 17.1 de la CADH, establecen que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado (en igual sentido, art. VI de la DADyDH; arts. 12 y 16 de la DUDH; art. 10 del PIDESC y art. 16 de la CDN).

Para interpretar esas cláusulas y el derecho de reunificación familiar, podemos atender a lo expuesto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) en la Opinión Consultiva N° OC-21/14 sobre Derechos y Garantías de Niñas y Niños en el Contexto de la Migración y/o en la Necesidad de Protección Internacional (19/09/14, Serie A N° 21).

En esa oportunidad, la Corte IDH destacó que la familia a la que toda niña y niño tiene derecho es, principalmente, a su familia biológica, incluyendo a los familiares más cercanos, la cual debe brindar la protección a la niña y al niño y, a su vez, *debe ser objeto primordial de medidas de protección por parte del*

¹⁴ CSJN, 14/12/93, “Volpe, Italo Eriberto s/ apelación (infr. art. 44, incs. 1 y 2, ley 11683”, Fallos: 316:3052; 04/05/95; “Fisco Nacional c/ Municipalidad de Resistencia s/ ejecución fiscal”, Fallos: 318:646; entre otros.

¹⁵ CSJN, 23/12/38, “Marchese, Natalio L. y otra c/ Nación”, Fallos: 182:486; 24/05/37, “Saffores de Doumecq, Ana M. (Suc.)”, Fallos: 184:5; 08/06/82, “Baez, Ambrosio Antonio c/ Pablino Manuel Baez”, Fallos: 304:794; 12/08/08, “Blanco Luciano Ramón c/ M° J Y DDHH-Art 3 Ley 24043 (Resol 399/03) s/”, Fallos: 331:1771.

Estado. Además, recordó que *no existe un modelo único de familia*, motivo por el cual *la definición de ese concepto no debe restringirse* por la noción tradicional de una pareja y sus hijos, *ya que también pueden ser titulares del derecho a la vida familiar otros parientes*, como los tíos, primos y abuelos, para enumerar sólo algunos miembros posibles de la familia extensa, siempre que tengan lazos cercanos personales.

En efecto, destacó que en muchas familias la(s) persona(s) a cargo de la atención, el cuidado y el desarrollo de una niña o niño en forma legal o habitual no son los padres biológicos. Más aún, en el contexto migratorio, donde los "lazos familiares" pueden haberse constituido entre personas que no necesariamente sean jurídicamente parientes, máxime cuando, en lo que respecta a niñas y niños, no han contado o convivido con sus padres en tales procesos. A partir de ello, expuso que *el Estado tiene la obligación de determinar en cada caso la constitución del núcleo familiar de la niña o del niño* (conf. OC-21/14, op. cit., párr. 272).

De igual modo, con remisión a lo expuesto en la Observación General N° 14 del Comité de los Derechos del Niño (29/05/13, CRC/C/GC/14), señaló que *el término "familia" debe interpretarse en un sentido amplio* que incluya a los padres biológicos, adoptivos o de acogida o, en su caso, a los miembros de la familia ampliada o la comunidad, según establezca la costumbre local (conf. Corte IDH, OC-21/14, op. cit., párr. 272).

En otra oportunidad, el referido Tribunal Internacional también destacó que el concepto de *vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio* y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen *vida en común* por fuera del matrimonio¹⁶. Además, allí recordó que –de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 11.2 y 17 de la CADH– el Estado está obligado no sólo a disponer y ejecutar directamente medidas de protección de los niños, sino también a *favorecer, de manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar* (conf. párr. 169). En tal sentido, receptó la jurisprudencia del TEDH en cuanto a que “el *disfrute mutuo de la convivencia* entre padres e hijos

¹⁶ Corte IDH, Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 24/02/12, Serie C N° 239, párr. 142.

constituye un elemento fundamental de la vida de familia, y el artículo 8 del Convenio Europeo¹⁷ tiene como objetivo *preservar al individuo contra las injerencias arbitrarias* de las autoridades públicas y establecer *obligaciones positivas* a cargo del Estado *a favor del respeto efectivo de la vida familiar*¹⁸.

Asimismo, compartió el criterio expuesto por el TEDH en cuanto a que “[l]a noción de familia bajo esta norma no está circunscripta a relaciones basadas en el matrimonio y puede abarcar otros vínculos de ‘familia’ *de facto* donde las partes están viviendo juntas fuera del matrimonio. Un niño nacido en tal relación es *ipso jure* parte de tal unidad familiar desde ese momento y por el mero hecho de su nacimiento. Por tanto, existe entre el niño y sus padres un vínculo que implica vida familiar. Además, el Tribunal recuerda que *el goce mutuo de la compañía* del otro entre los padres y el niño *constituye un elemento fundamental de la vida familiar, aunque la relación de los padres este rota*”¹⁹.

De igual modo, la Corte IDH también recordó que el TEDH, “siguiendo un concepto amplio de familia, reconoció que un transexual, su pareja mujer y su niño pueden configurar una familia, al señalar que: /// Al decidir si una relación puede considerarse como ‘vida familiar’, una serie de *factores* pueden ser *relevantes*, incluyendo *si la pareja vive junta, la duración de su relación y si se ha demostrado el compromiso mutuo de tener hijos conjuntamente o por otro medios*”²⁰. Asimismo, allí señaló que el referido tribunal internacional europeo expuso que “la noción de ‘vida familiar’ abarca a una pareja del mismo sexo que convive en una relación estable *de facto*, tal como abarcaría a una pareja de

¹⁷ CEDH, art. 8: “Derecho al respeto a la vida privada y familiar /// 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. /// 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”.

¹⁸ Corte IDH, OC-21/14, op. cit., párr. 171, con cita de TEDH, sentencia del 24/03/88, Olsson Vs. Suecia, (No. 10465/83), párr. 81; el destacado no es del original.

¹⁹ Corte IDH, Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 24/02/12, Serie C N° 239, párr. 172; con cita de TEDH, sentencia de 24 de junio de 2010, 22 de noviembre de 2010, Caso Schalk y Kopf Vs. Austria, (No. 30141/04), párr. 91; entre otras citas. El destacado me pertenece.

²⁰ Corte IDH, Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile, op. cit., sentencia del 24/02/12, párr. 173; con cita de TEDH, sentencia de 22/04/97, Caso X, Y y Z Vs. Reino Unido, (No. 21830/93), párr. 36.

diferente sexo en la misma situación”, ya que consideró “artificial mantener una posición que sostenga que, a diferencia de una pareja heterosexual, una pareja del mismo sexo no puede disfrutar de la ‘vida familiar’”²¹.

De acuerdo con tales consideraciones, la Corte IDH en el citado Caso Atala Rizzo y Niñas, consideró que –de acuerdo con los hechos allí verificados– “es visible que se había constituido un *núcleo familiar* que, al serlo, estaba protegido por los artículos 11.2 y 17.1 de la Convención Americana, pues existía una *convivencia, un contacto frecuente, y una cercanía personal y afectiva* entre la señora Atala, su pareja, su hijo mayor y las tres niñas” (párr. 177).

Podemos considerar que ese estándar, ofrece un método de análisis ante los supuestos de invocación de unidad familiar.

Asimismo, las consideraciones que anteceden, nos permite concluir que la legitimación activa para invocar la dispensa de la expulsión por reunificación familiar puede ser interpretada con carácter amplio y de acuerdo con las circunstancias y pruebas obrantes en cada caso concreto.

Esta extensión, más allá de la señalada en el artículo 10 de la Ley N° 25.871 y en su reglamentación, a la cual se limitaría una interpretación literal, parece más adecuada a luz de lo dispuesto en los instrumentos internacionales de derechos humanos, considerándolos instrumentos vivos, y de acuerdo con el principio *pro persona*²² e igualdad²³. Esta exégesis también resulta más acorde con el principio de progresividad y de plena efectividad de los derechos que reconocen los instrumentos internacionales y el principio *pro homine*, que determinan que el intérprete deba escoger, si la norma lo posibilita, *la extensión que proteja en mayor medida la persona humana*²⁴.

²¹ Corte IDH, OC-21/14, op. cit., párr. 174; con cita de TEDH, sentencia de 28/01/03, Caso Peck Vs. Reino Unido, (No. 44647/98), párr. 94; y TEDH, sentencia de 22/07/10, Caso P.B. y J.S. Vs. Austria, (No. 18984/02), párr. 30.

²² Art. 29 de la CADH, Corte IDH, OC-21/14, op. cit., párr. 53 y 54

²³ CSJN, 14/02/12, “Germano Karina Dana s/Causa N° 12792”, Fallos: 335:38

²⁴ CSJN, 07/12/10, “Alvarez Maximiliano y otros c/ CENCOSUD SA s/Acción de Amparo”, Fallos: 333:2306; con cita de CSJN, 20/06/06, “Cardozo, Gustavo Fabián s/ recurso de casación”, Fallos: 329:2265, entre otros; arg. art. 28 de la Ley N° 25.871

IV. Intervención de los niños en el procedimiento migratorio

Como podemos inferir de lo antes expuesto, los procedimientos migratorios, en tanto pueden derivar en la afectación de un grupo familiar, suelen constituir procesos con partes y pretensiones múltiples.

Ahora bien, en atención a que la ley de migraciones no prevé con carácter expreso el deber de resolver las solicitudes de dispensa de la expulsión teniendo en cuenta el interés superior del niño y su derecho de ser escuchado, la jurisprudencia mayoritaria del fuero con competencia en la materia rechaza los pedidos de intervención del Ministerio Público en representación de los niños.

En efecto, con remisión a una doctrina de la Corte Suprema relativa al procedimiento de extradición, la mayoría sostiene que –con carácter general– los niños no son parte del procedimiento en que se discute la expulsión de sus padres, toda vez que el régimen normativo así no lo prevé, no siendo suficiente la mera invocación de su interés superior. Además, la mayoría interpreta que los intereses de los niños se ven amparados en el derecho de reunificación familiar y se encuentran resguardados por la actuación de los progenitores²⁵.

No obstante ello, ese criterio no es unánime, ya que otra de la Salas considera que los niños pueden ser parte en los procesos en que se discute la expulsión de sus progenitores, siempre que así sea su interés superior, y tienen derecho expresarse libremente en esos procesos. Según el criterio de este tribunal, a los efectos de dar intervención de los niños se deben tomar especial consideración a las pautas sentadas en el título D de la Observación General N° 12²⁶.

²⁵ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala IV, res. del 01/12/16 y 27/06/17, en autos: "CRDF", Causa N° 25.164/12; res. del 04/05/17, en autos: "CTER", Causa N° 47.748/11; Sala III, res. del 7/11/17, *in re*: "BMJA", Expte. N° 40.987/2017; Sala II *in rebus*: res. 24/10/16, en causa "CTPK", Expte. N° 10.189/2016, y res. 20/09/18, en autos "TWMM", Expte. N° 35.981/2017; Sala I -por mayoría- res. 13/03/20, *in re*: "AZVG", Expte. N° 52.438/19; entre otros. Accesibles en: www.pjn.gov.ar – "Consulta y Gestión de Causas Judiciales".

²⁶ CNACAF, Sala V, *in rebus*: res. 23/04/19, en causa "PJ", Expte. N° 3.545/17; y res. 31/10/19, en autos "S.H.K.Z c/ EN - DNM s/ Recurso Directo DNM", Expte. N° 24.304/18, entre otros; accesibles en: www.pjn.gov.ar – "Consulta y Gestión de Causas Judiciales".

Además, otra de las Salas, que con carácter general sigue la posición mayoritaria, también dispone la intervención de los niños frente a la verificación de circunstancias particulares²⁷.

Ahora bien, tal como lo señalé en un trabajo anterior (PASCUAL; 2020), los instrumentos internacionales de derechos humanos exigen que en los procedimientos migratorios que puedan producir una afectación en los derechos y deberes familiares, se tome en consideración el interés superior del niño y, en caso de que éste decida intervenir, se ejecute adecuadamente su derecho a ser escuchado libremente.

Estos dos derechos forman parte de las garantías de defensa en juicio que –en particular– poseen los migrantes y sus hijos en miras a que las solicitudes de reunificación o unidad familiar sean resueltas adecuadamente²⁸. Frente a tales planteos, se torna necesario conocer el interés superior del niño para adoptar una decisión legítima a la luz del derecho internacional de los derechos humanos y cumplir adecuadamente con los requisitos propios de todo acto administrativo (conf. Ley N° 19.549, B.O. 27/04/72).

En concordancia con el criterio aquí planteado, podemos observar que la Corte IDH, en el citado Caso Atala Rizzo y Niñas vs. Chile (del 24/02/12), en que se discutía un trato discriminatorio y la afectación arbitraria de la vida privada y familiar, dispuso como medida para mejor proveer hacer saber a las niñas involucradas sobre su derecho a ser oídas y las consecuencias que el ejercicio de dicho derecho implicaba.

En virtud de ello, el referido tribunal interamericano dio intervención a las niñas y valoró el interés superior de acuerdo a lo manifestado por aquéllas (v. párr. 12, 13 y 67 a 71). Al respecto, luego recordar el deber del Estado de proteger el interés superior del niño, sostuvo que “la determinación del interés superior del niño, en casos de cuidado y custodia de menores de edad se debe hacer a partir de la evaluación de los comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño según el caso, los daños

²⁷ CNACAF, Sala I, *in rebus*: res. 11/11/19, en autos "LRRC", Expte. N° 2.428/19; y res. 11/11/19 en causa "NGB", Expte. N° 78.220/18; ; accesibles en: www.pjn.gov.ar – “Consulta y Gestión de Causas Judiciales”.

²⁸ Corte IDH, OC-21/14, op. cit., párr. 108

o riesgos reales y probados, y no especulativos o imaginarios. Por tanto, no pueden ser admisibles las especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre características personales de los padres o preferencias culturales respecto a ciertos conceptos tradicionales de la familia” (conf. párr. 109 y sus citas).

V. Las garantías judiciales aplicables a los procedimientos migratorios

Como adelantamos anteriormente, las facultades discrecionales de los Estados en la adopción de políticas migratorias encuentran algún valladar en el derecho internacional de los derechos humanos. En tal sentido, conforme fue adelantado anteriormente, la Corte IDH destacó que en los procedimientos de expulsión o deportación de extranjeros, los Estados deben seguir un estricto apego a las garantías del debido proceso, la protección judicial y al respeto de la dignidad humana, cualquiera sea la condición jurídica o estatus migratorio del migrante²⁹.

En lo que se refiere al derecho al debido proceso, consagrado en el artículo 8 de la CADH, la Corte IDH destacó que ese derecho 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. También indicó que el elenco de garantías mínimas del debido proceso legal se aplica en la determinación de derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter, es decir, que cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal³⁰.

²⁹ Corte IDH, OC-18/03, op. cit., párr. 122.

³⁰ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-18/03, Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, 17/09/03, Serie A N° 18, párr. 122 y 123; con cita de Corte IDH Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 02/02/01, Serie C N° 72, párr. 124; Corte IDH Caso Ivcher Bronstein vs. Perú (Reparaciones y Costas), sentencia del 06/02/01, Serie C N° 74, párr. 102; Corte IDH Caso del Tribunal Constitucional, sentencia del 31/01/01, Serie C N° 71, párr. 69; y Corte IDH Opinión Consultiva OC-9/87, Garantías Judiciales en Estados de Emergencia, del 06/10/87, Serie A N° 9, párr. 27.

Por otro lado, sostuvo para alcanzar sus objetivos, el procedimiento y proceso migratorio “*debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real* de quienes son llevados ante la justicia. Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales y a la correlativa prohibición de discriminación. *La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación* que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses”³¹.

En el marco de dichas garantías, también sostuvo que los Estados deben asegurar, en su ordenamiento jurídico interno, que toda persona tenga acceso, sin restricción alguna, a un recurso sencillo y efectivo que ampare en la determinación de sus derechos, independientemente de su estatus migratorio. En tal sentido, *no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla*. No pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios. Ello puede ocurrir, por ejemplo, cuando su inutilidad haya quedado demostrada por la práctica, porque *el Poder Judicial carezca de la independencia necesaria para decidir con imparcialidad* o porque falten los medios para ejecutar sus decisiones; por cualquier otra situación que configure un cuadro de denegación de justicia o que por cualquier otra causa, no se permita al presunto lesionado el acceso al recurso judicial³².

³¹ Corte IDH, Caso Familia Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional de Bolivia, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 25/11/13, Serie C N° 272, párr. 130; Corte IDH, Opinión Consultiva OC-16/99, El derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal, 01/10/99, Serie A N° 16, párr. 119.

³² Corte IDH, Opinión Consultiva OC-18/03, sobre la Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, op. cit., párr. 107 y 108; con cita de Corte IDH, Caso “Cinco Pensionistas” Vs. Perú (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 28/02/03, Serie C N° 98, párr. 136; Corte IDH Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 31/08/01, Serie C N° 79, párr. 113; Corte IDH, Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú (Reparaciones y Costas), sentencia del 06/02/01, Serie C N° 74; y Opinión Consultiva OC-09/87, sobre Garantías Judiciales en Estados de Emergencia, op. cit., párr. 24; los destacados me pertenecen.

Además, destacó que “[e]sta obligación general de respetar y garantizar el ejercicio de los derechos tiene carácter *erga omnes*. Dicha obligación se impone a los Estados en beneficio de los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones, e independientemente del estatus migratorio de las personas protegidas. La mencionada obligación alcanza la totalidad de los derechos contemplados por la Convención Americana y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, inclusive el derecho a las garantías judiciales. De ese modo, *se preserva el derecho de acceso de todos a la justicia, entendido como el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva*”³³. En tal sentido, destacó que “*el Estado debe garantizar que el acceso a la justicia sea no sólo formal sino real*”³⁴.

También advirtió que el principio de igualdad y no discriminación no significa que no se pueda iniciar acción alguna contra las personas migrantes que no cumplan con el ordenamiento jurídico estatal, sino que “[l]o importante es que al tomar las medidas que correspondan, los Estados respeten sus derechos humanos y garanticen su ejercicio y goce a toda persona que se encuentre en su territorio, sin discriminación alguna por su regular o irregular instancia, nacionalidad, raza, género o cualquier otra causa”³⁵. Asimismo, aclaró que ello no implica que no se pueda “otorgar un trato distinto a los migrantes documentados con respecto a los migrantes indocumentados, o entre migrantes y nacionales, siempre y cuando este *trato diferencial sea razonable, objetivo, proporcional y no lesione los derechos humanos*”³⁶.

En consonancia con ello, indicó que el debido proceso legal es un derecho que debe ser garantizado a toda persona independientemente de su estatus migratorio. Al respecto, sostuvo que “para que exista ‘debido proceso legal’ *es preciso que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros*

³³ Corte IDH, OC-18/03, op. cit., párr. 109; el destacado no es del original.

³⁴ Corte IDH, OC-18/03, op. cit., párr. 126; lo destacado no es del original.

³⁵ Corte IDH, OC-18/03, op. cit., párr. 118.

³⁶ Corte IDH, OC-18/03, op. cit., párr. 119; el destacado no es del original.

*justiciables. Al efecto, es útil recordar que el proceso es un medio para asegurar, en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia*³⁷.

Asimismo, por derivación de lo antes expuesto, la Corte IDH tiene dicho que *las decisiones que adopten los órganos internos que puedan afectar los derechos humanos, entre ellos el derecho a la unidad familiar, deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias*³⁸. En tal sentido, destacó que *las autoridades nacionales deben ofrecer una fundamentación suficiente, que permita a los interesados conocer los motivos por los cuales se mantiene la decisión, para lo cual no basta con que asegurar la posibilidad formal de oponer sus defensas, sino que se debe exponer la forma en que sustantivamente el derecho de defensa se manifestó como verdadera salvaguarda de sus derechos, de tal suerte que implicara una respuesta motivada y oportuna por parte de las autoridades en relación con los descargos. Además, destacó que la motivación es la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a la conclusión*³⁹, y que *el deber de motivar las resoluciones es una garantía vinculada con la correcta administración de justicia, que protege el derecho de los ciudadanos a ser juzgados por las razones que el Derecho suministra, y otorga credibilidad de las decisiones jurídicas en el marco de una sociedad democrática*⁴⁰.

Con respecto al supuesto particular de las personas migrantes, el citado Tribunal Internacional señaló que “un procedimiento que pueda resultar en la expulsión o deportación de un extranjero debe tener carácter individual, de modo que permita evaluar las circunstancias personales de cada sujeto, no debe discriminar en razón de nacionalidad, color, raza, sexo, lengua, religión, opinión política, origen social u otro estatus, y ha de observar las siguientes garantías

³⁷ Corte IDH, OC-18/03, párr. 121; con cita de Corte IDH, Opinión Consultiva OC-16/99, sobre el Derecho a la información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal, op. cit., párr. 115

³⁸ Corte IDH, Caso Yatama vs. Nicaragua (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 23/06/05, Serie C N° 127, párr. 152; entre otros.

³⁹ Corte IDH, Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 21/11/07, Serie C N° 170, párr. 107.

⁴⁰ Corte IDH, Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 05/08/08, Serie C N° 182, párr. 77; Corte IDH, Caso Tristán Donoso vs. Panamá (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 27/01/09, Serie C N° 183, párr. 152.

mínimas: /// i) ser informado expresa y formalmente de los cargos en su contra, si los hubiere, y de los motivos de la expulsión o deportación. Esta notificación debe incluir información sobre sus derechos, tales como: /// a) la posibilidad de exponer las razones que lo asistan en contra de su expulsión y oponerse a los cargos en su contra; /// b. la posibilidad de solicitar y recibir asesoría legal, incluso a través de servicio público gratuito de ser aplicable y, de ser el caso, traducción o interpretación, así como asistencia consular, si correspondiere; /// ii) en caso de decisión desfavorable, debe tener derecho a someter su caso a revisión ante la autoridad competente, presentarse o hacerse representar ante ella para tal fin, y /// iii) la eventual expulsión solo podrá efectuarse tras una decisión fundamentada conforme a la ley y debidamente notificada”⁴¹.

En cuanto a los procesos de retención, como el previsto en el artículo 70 de la Ley de Migraciones (en su texto original y modificado), la Corte IDH tiene dicho que la CADH no establece una limitación al ejercicio de las garantías judiciales previstas en el artículo 7.5 de la CADH⁴² en base a las causas o circunstancias por las que la persona es retenida o detenida. Por lo tanto, en virtud del principio *pro persona*, esta garantía debe ser satisfecha siempre que exista una retención o una detención de una persona a causa de su situación migratoria, conforme a los principios de control judicial e intermediación procesal. También destacó que para que constituya un verdadero mecanismo de control frente a detenciones ilegales o arbitrarias, la revisión judicial debe realizarse sin demora y en forma tal que garantice el cumplimiento de la ley y el goce efectivo de los derechos del detenido, tomando en cuenta la especial vulnerabilidad de aquel⁴³.

⁴¹ Corte IDH, Caso Familia Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional de Bolivia, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 25/11/13, Serie C N° 272, párr. 119.

⁴² El artículo 7.5 de la CADH prevé: “Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio”.

⁴³ Corte IDH; Caso Velez Llor vs. Panamá (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 23/11/10, Serie C N° 218, párr. 107; Corte IDH Caso Tibi vs. Ecuador (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 07/09/04, Serie C N° 114, párr. 118; Corte IDH, Caso López Alvarez vs. Honduras (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 25/09/05, Serie C N° 141, párr. 87; Corte IDH, Caso Palamara Iribarne vs. Chile (Fondo Reparaciones y Costas), sentencia del 22/09/05, Serie C N° 135, párr. 221; Corte IDH, Caso Bayarri vs. Argentina (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del

Además, señaló que para satisfacer la garantía prevista en el artículo 7.5 de la CADH en materia migratoria, la legislación interna debe asegurar que el funcionario autorizado por la ley para ejercer *funciones jurisdiccionales* cumpla con las características de *imparcialidad e independencia* que deben regir a todo órgano encargado de determinar derechos y obligaciones de las personas. También destacó que, en virtud de esas garantías (como de las previstas en el artículo 8.1 de la CADH), corresponde al funcionario la tarea de prevenir o hacer cesar las detenciones ilegales o arbitrarias, de modo que es imprescindible que dicho funcionario esté facultado para poner en libertad a la persona si su detención es ilegal o arbitraria⁴⁴.

VI. Análisis de la normativa migratoria argentina

Desarrollados los estándares internacionales aplicables en la materia, resulta pertinente realizar un análisis de la evolución normativa argentina en materia migratoria, el cual pretende ser breve, toda vez que esa cuestión –y los enfoques que podríamos plantear entorno a las modificaciones introducidas por el Decreto N° 70/17 (B.O. 30/01/17)– exceden el marco del presente trabajo y merece un análisis profundo y particular.

Sin perjuicio de las referencias que se realizará a las modificaciones introducidas por el antes referido acto material, conviene recordar que con el dictado de la Ley N° 25.871 se modificó la política migratoria regulada por la Ley N° 22.439 (B.O. 27/03/81), también conocida como "Ley Videla", que poseía un sesgo securitista de la cuestión migratoria, lo cual implicó una gran innovación en términos de los derechos humanos de las personas migrantes (MODOLO, 2009: p. 3).

En particular, el artículo 4° del citado plexo legal reconoce que “[e]l derecho a la migración es esencial e inalienable de la persona y la República

30/10/08, Serie C N° 187, párr. 67; en sentido concordante Eur. Court HR, Judgment of 15 November 2001, *Iwanczuk v. Poland*, (Application no. 25196/94), párr. 53.

⁴⁴ Corte IDH, *Caso Velez Loo vs. Panamá* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 23/11/10, Serie C N° 218, párr. 108; con cita de Corte IDH, *Caso Bayarri vs. Argentina* (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 30/10/08, Serie C N° 187, párr. 67.

Argentina lo garantiza sobre la base de los principios de igualdad y universalidad”. Dicha disposición no fue modificada en el texto actual.

Además, en su artículo 3º fijó una serie de objetivos que pueden servir en la interpretación de esa normativa. En lo que aquí interesa, debemos considerar el legislador manifestó su interés en sentar bases estratégicas y *dar cumplimiento a los compromisos internacionales* de la República en materia de *derechos humanos, integración y movilidad de los migrantes*; contribuir al enriquecimiento y fortalecimiento del tejido cultural y social del país; *garantizar el ejercicio del derecho a la reunificación familiar, promover la integración, asegurar a toda persona* que solicite ser admitida de manera permanente o temporaria, *el goce de criterios y procedimientos* de admisión no discriminatorios en términos de *derechos y garantías* establecidos *por la CN*, los *compromisos internacionales y las leyes*; *promover y difundir las obligaciones, derechos y garantías de los migrantes*, conforme a lo establecido en la CN, los *compromisos internacionales y las leyes, manteniendo en alto su tradición humanitaria y abierta* con relación a los *migrantes y sus familias*. Tales mandatos no encuentran variaciones en el texto vigente.

En consonancia con esos principios, el artículo 10 de la Ley de Migraciones prevé que “[e]l estado garantizará el derecho de reunificación familiar de los inmigrantes con sus padres, cónyuges, hijos solteros menores o hijos mayores con capacidades diferentes”⁴⁵.

De acuerdo con lo antes expuesto, la última parte del artículo 29 de la Ley de Migraciones, estipula al derecho de reunificación familiar como una causal (excepcional) que habilita a la DNM a otorgar la dispensa de las expulsiones y demás medidas fundadas en las infracciones migratorias allí previstas⁴⁶.

⁴⁵ Dicha extensión, también fue aludida en la reglamentación prevista en el Decreto N° 616/10, B.O. 06/05/10, cuyo artículo 10 dispone que “[e]l MINISTERIO DEL INTERIOR, a través de la DIRECCION NACIONAL DE MIGRACIONES y demás organismos competentes, adoptará las medidas necesarias para asegurar el ejercicio del derecho de reunificación familiar con los alcances previstos en los artículos 10 de la Ley N° 25.871 y 44 de la CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LA PROTECCIÓN DE TODOS LOS TRABAJADORES MIGRATORIOS Y DE SUS FAMILIARES, aprobada por la Ley N° 26.202”. Accesible en: www.infoleg.gob.ar.

⁴⁶ Ley N° 25.871, B.O. 21/01/04, ARTICULO 29: “Serán causas impedientes del ingreso y permanencia de extranjeros al Territorio Nacional: ///a) La presentación ante la autoridad de

En lo que aquí interesa, el artículo 29 de dicha ley –en su redacción original– dispone que "[l]a Dirección Nacional de Migraciones, previa intervención del Ministerio del Interior, *podrá admitir, excepcionalmente, por razones humanitarias o de reunificación familiar*, en el país en las categorías de residentes permanentes o temporarios, *mediante resolución fundada en cada caso particular*, a los extranjeros comprendidos en el presente artículo".

Ahora bien, la disposición legal antes mencionada, en el texto vigente, se encuentra reglamentada con un tono securitista y prevé nuevas excepciones al otorgamiento de la dispensa que no se encontraban previstas en el texto legal original.

En tal sentido, actualmente el artículo 29 dispone que "[e]xcepcionalmente, la DIRECCIÓN NACIONAL DE MIGRACIONES podrá admitir en el país, únicamente por razones humanitarias, de reunificación familiar o de auxilio eficaz a la justicia en las condiciones del último párrafo del presente artículo, en las categorías de residentes permanentes o temporarios, a los extranjeros comprendidos en los incisos a), k) y m), y a los comprendidos en el inciso c) en caso de que el delito doloso merezca en la legislación nacional pena

documentación nacional o extranjera material o ideológicamente falsa o adulterada. El hecho será sancionado con una prohibición de reingreso por un lapso mínimo de cinco (5) años; /// b) Tener prohibido el ingreso, haber sido objeto de medidas de expulsión o de prohibición de reingreso, hasta tanto las mismas no hayan sido revocadas o se hubiese cumplido el plazo impuesto al efecto; /// c) 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; /// d) Haber incurrido o participado en actos de gobierno o de otro tipo, que constituyan genocidio, crímenes de guerra, actos de terrorismo o delitos de lesa humanidad y de todo otro acto susceptible de ser juzgado por el Tribunal Penal Internacional; /// e) Tener antecedentes por actividades terroristas o por pertenecer a organizaciones nacional o internacionalmente reconocidas como imputadas de acciones susceptibles de ser juzgadas por el Tribunal Penal Internacional o por la ley 23.077, de Defensa de la Democracia; /// f) Haber sido condenado en la Argentina o tener antecedentes por promover o facilitar, con fines de lucro, el ingreso, la permanencia o el egreso ilegales de extranjeros en el Territorio Nacional; /// g) Haber sido condenado en la Argentina o tener antecedentes por haber presentado documentación material o ideológicamente falsa, para obtener para sí o para un tercero un beneficio migratorio; /// h) Promover la prostitución; lucrar con ello; haber sido condenado o tener antecedentes, en la Argentina o en el exterior por haber promovido la prostitución; por lucrar con ello o por desarrollar actividades relacionadas con el tráfico o la explotación sexual de personas; /// i) Intentar ingresar o haber ingresado al Territorio Nacional eludiendo el control migratorio o por lugar o en horario no habilitados al efecto; /// j) Constatarse la existencia de alguno de los impedimentos de radicación establecidos en la presente ley; /// k) El incumplimiento de los requisitos exigidos por la presente ley". Accesible en: www.infoleg.gob.ar

privativa de la libertad cuyo monto máximo no exceda de TRES (3) años de prisión, o sea de carácter culposo. Fuera de los supuestos expresamente regulados no podrá hacerse lugar al trámite excepcional de dispensa. /// Cuando en los términos del párrafo precedente se invoque el derecho a la reunificación familiar, deberá acreditarse la convivencia del grupo familiar. A dichos fines no se considerará al extranjero de quien se comprobare se hubiera desinteresado afectiva o económicamente de la persona cuyo vínculo familiar invoque"⁴⁷.

Como podemos observar, las modificaciones introducidas limitaron los supuestos respecto de los cuales pueden ser admitidas las causales de dispensa (frente a la comisión de las infracciones allí previstas), como así también estipularon ciertas condiciones en torno al concepto de familia y la prueba que debía ser producida al efecto, aspectos que —como antes advertimos— no se verificaban en la redacción original de la ley.

Por su parte, el artículo 62 del citado plexo legal, relativo a las causales de declaración de irregularidad de la permanencia, también fue diametralmente modificado.

En efecto, en su redacción original el mandato expreso disponía que “[e]l Ministerio del Interior *dispensará* el cumplimiento de la cancelación prevista en virtud del presente artículo cuando el extranjero fuese padre, hijo o cónyuge de argentino, *salvo decisión debidamente fundada por parte de la autoridad migratoria*” (conf. Ley N° 25.871)

A partir de la redacción prevista en el texto legal original, podemos inferir que el principio general contemplado por el legislador, al sancionar dicha Ley, fue la dispensa de la expulsión frente la existencia de los vínculos familiares allí contemplados expresamente, *salvo disposición debidamente fundada*, de modo que *la excepción era la expulsión* frente a dichos supuestos.

Ahora bien, el lápiz del reglamentador tampoco contuvo sus impulsos con respecto a dicha disposición y, tal como sucedió con el artículo 29, replicó un tono securitario y estableció nuevas limitaciones a ese derecho que tampoco estaban previstas originalmente.

⁴⁷ Conf. art. 29 *in fine*, t.o. Decreto N° 70/17, B.O. 30/01/17. Accesible en: www.infoleg.gob.ar

En efecto, la última parte del artículo 62 en su texto actual dispone que “[e]n los casos en que sobre el extranjero recayere sentencia condenatoria firme en la REPÚBLICA ARGENTINA, la misma operará automáticamente cancelando la residencia cualquiera fuese su antigüedad, categoría o causa de la admisión, y llevará implícita la expulsión. El trámite recursivo se regirá por lo reglado en el Título V, Capítulo I bis —Procedimiento Migratorio Especial Sumarísimo—. */// Excepcionalmente*, en los casos comprendidos en los incisos a) y e), y en los supuestos del inciso c) y de cancelación automática, si el delito doloso mereciera para la legislación nacional pena privativa de la libertad cuyo monto máximo no exceda de TRES (3) años de prisión, o cuando sea de carácter culposo, la DIRECCIÓN NACIONAL DE MIGRACIONES *podrá dispensar la cancelación de la residencia si el extranjero invocare reunificación familiar respecto de progenitor, hijo o cónyuge ciudadano argentino*. Asimismo, se tendrá especialmente en consideración el tiempo que la persona lleve residiendo legalmente en el territorio nacional. *Fuera de los supuestos expresamente enumerados no podrá hacerse lugar al trámite excepcional regulado en el presente párrafo*, sin perjuicio de las previsiones de la Ley N° 26.165. */// Cuando en los términos del párrafo precedente se invoque el derecho a la reunificación familiar, deberá acreditarse la convivencia*. A dichos fines no se considerará al extranjero de quien se comprobare que se hubiera desinteresado afectiva o económicamente de la persona cuyo vínculo familiar invoque” (el destacado no es del original).

Asimismo, el decreto de necesidad y urgencia (DNU) N° 70/17 incorporó toda una novedad normativa en materia de control de legalidad sobre los actos de gobierno, en tanto creo que el imprevisto “artículo 62 bis”, inexistente en el texto legal original, el cual dispone que “El otorgamiento de la dispensa establecida en los artículos 29 y 62 de la presente Ley *será una facultad exclusiva* de la DIRECCIÓN NACIONAL DE MIGRACIONES, *no pudiendo ser otorgada judicialmente*”. Como fue antes indicado, lo allí dispuesto no se encontraba expresamente previsto en el texto original de la ley y, a mi criterio, constituye una de las más tristes modificaciones (y de dudosa convencionalidad) adoptadas por la citada norma material.

Por otro lado, sin perder de vista el objeto del presente, el artículo 70 de la Ley de Migraciones, que regula el procedimiento relativo al cumplimiento de la orden de expulsión, también incluye a la reunificación familiar como una causal suspensión de dicha orden.

En tal sentido, el texto original dispone que “[p]roducida tal retención y en el caso que el extranjero retenido alegara ser padre, hijo o cónyuge de argentino nativo, siempre que el matrimonio se hubiese celebrado con anterioridad al hecho que motivara la resolución, la Dirección Nacional de Migraciones deberá suspender la expulsión y constatar la existencia del vínculo alegado en un plazo de cuarenta y ocho (48) horas hábiles. Acreditado que fuera el vínculo el extranjero recuperará en forma inmediata su libertad y se habilitará respecto del mismo, un procedimiento sumario de regularización migratoria”.

Conforme podríamos intuir de lo antes expuesto, dicha disposición también fue modificada por el Decreto N° 70/17, en perjuicio de los migrantes y cambiando el sentido original de la ley.

En efecto, la nueva redacción –continuando con el tono absolutista allí plasmado– dispone que “[e]n el caso en que el extranjero retenido *alegara como hecho nuevo* ser progenitor de argentino nativo menor de edad o con discapacidad, la DIRECCIÓN NACIONAL DE MIGRACIONES *deberá suspender* por DOS (2) días hábiles la ejecución de la medida de expulsión a los fines de *constatar la veracidad* de los hechos y *resolver si se otorgará o no dispensa* conforme lo dispuesto por los artículos 29 y 62 de la presente”.

Como podemos constatar, el nuevo texto normativo limitó la causal de dispensa por unidad familiar en los procedimientos de expulsión, ya que –llamativamente– eliminó a los cónyuges y a los vínculos familiares correspondiente a los ascendientes, y la limitó a los hijos menores de edad o con discapacidad.

A ello se suma, que dicha cuestión debe ser invocada como hecho nuevo, esto es, que no hubiera sido alegada en el procedimiento recursivo a la orden de expulsión, y reiteró la tesitura centralista y absolutista –plasmada también en otras disposiciones– con respecto a las facultades del órgano administrativo para el otorgamiento de la dispensa, aun cuando a claras luces

esto se contrapone el espíritu original de la norma, que poseía un mandato expreso para la regularización migratoria ante los supuestos de unidad familiar.

Sin perjuicio de que podríamos encontrar otras tantas y múltiples objeciones en torno a la legalidad y legitimidad de la “reglamentación” adoptada, como advertimos anteriormente no pretendemos aquí avanzar en torno a un análisis profundo de aquellas. Sin perjuicio ello, a las ya mencionadas, podríamos agregar: la competencia del órgano emisor, la validez constitucional y legal del procedimiento utilizado, la legalidad y convencionalidad de las modificaciones introducidas, como así también la razonabilidad de las razones de urgencia invocadas como fundamento de su dictado, entre tantas otras.

En este sentido, cabe destacar que la Sala V de la CNACAF, en el marco de la causa “CELS”⁴⁸, declaró la inconstitucionalidad del mencionado decreto. En efecto, los votos que conformaron la mayoría, consideraron que no se verificaban los requisitos materiales que habilitaran al Poder Ejecutivo para el dictado de un decreto de necesidad y urgencia (conf. art. 99 inc. 3 de la CN), como así también que dicho acto administrativo poseía vicios en su causa, objeto, finalidad y motivación, motivo por el cual resultaba un acto irregular en los términos de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 19.549 (B.O. 27/04/72).

Dicho precedente jurisprudencial puede considerarse un punto de partida y de suma importancia y trascendencia a los efectos de resolver y analizar las posibles objeciones que se puedan invocar en torno a las modificaciones que el citado decreto introdujo en el texto legal.

Tal es así, que la Corte y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Relatoría sobre los Derechos de los Migrantes de la Comisión y el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, entre otras instituciones, otorgaron un reconocimiento en favor de dicha Sala, por el dictado de esa sentencia, relativa al acceso a la justicia de personas migrantes⁴⁹.

⁴⁸ Ver “Centro de Estudios Legales y Sociales y otros c/ DNM s/ Amparo Ley 16.986”, Expte. N° 3.061/17, sentencia del 22/03/18. Accesible en. www.pjn.gov.ar “Consulta y Gestión de Causas Judiciales”.

⁴⁹ <https://www.cij.gov.ar/nota-32204-Reconocen-a-la-Sala-V-de-la-C-mara-en-lo-Contencioso-Administrativo-Federal-por-el-dictado-de-una-sentencia-de-acceso-a-la-justicia-de-personas-migrantes.html>

No obstante ello, la sentencia antes mencionada no se encuentra firme, toda vez que la DNM interpuso un recurso extraordinario federal y el expediente se encuentra en estudio hace ya algún tiempo, siendo la última novedad el dictamen de la Procuración General de la Nación (de fecha 18/11/20), quien recomendó confirmar la sentencia apelada, de modo que nos encontramos a la espera de la resolución del Máximo Tribunal⁵⁰.

Ahora bien, es dable señalar que, de acuerdo con las circunstancias de cada caso, con respecto a la materia en estudio también pueden resultar de aplicación otras normas, tales como la Convención Internacional sobre la Protección de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (UN, Ley N° 26.202, B.O. 17/01/07) y la Ley de Trata de Personas y Asistencia a las Víctimas (conf. Ley N° 26.364, B.O. 30/04/08). Esta última, prevé que las víctimas de trata no pueden ser objeto de puniciones por cualquier delito o infracción derivada de haber sido objeto de trata (conf. art. 5 del citado plexo legal).

Por otra parte, en consonancia con el criterio expuesto en la referida causa “CELS”, el Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares de las Naciones Unidas, en el informe de fecha 13 de septiembre de 2019, recomendó al Estado Argentino derogar el Decreto N° 70/17 y *expresó graves preocupaciones con respecto a los efectos de su aplicación*, como así también efectuó una serie de recomendaciones, entre ellas, *asegurar una intervención autónoma de las niñas, niños y adolescentes en los procedimientos de expulsión de sus familiares*.

Asimismo, con fecha 1° de noviembre de 2018, se presentó ante Congreso Nacional un proyecto para la derogación del mentado decreto el cual, hasta la fecha, se encuentra en estudio de la Comisión de Asuntos Constitucionales de la Cámara de Diputados⁵¹.

Partiendo de las particularidades antes mencionadas, a la luz del control constitucional difuso aplicable en el país, corresponde en cada caso concreto,

⁵⁰ Se puede consultar el estado de la causa en www.pjn.gov.ar – “Gestión y Consulta de Causas Judiciales”. Fecha de consulta: 04/02/21

⁵¹ <https://www.diputados.gob.ar/proyectos/proyecto.jsp?exp=6853-D-2018>

plantear la invalidez constitucional del Decreto N° 70/17, de acuerdo con las circunstancias que resulten allí acreditadas.

VII.- Breve mención al panorama judicial interno argentino en torno a la cuestión

Me gustaría poder aquí incluir palabras más esperanzadoras en torno al análisis de la cuestión migratoria. Sin embargo, en el ámbito judicial interno muchas veces los asuntos relativos a la movilidad humana no resultan ajenos a las influencias a las que hicimos referencia en el inicio del trabajo.

En primer lugar, cabe destacar que el Máximo Tribunal siguió –en su reciente jurisprudencia⁵²– un tono centralista y restrictivo en cuanto a las facultades judiciales de control de legalidad y convencionalidad de las disposiciones administrativas dictadas en la materia, siguiendo –pese a que así no lo advierte en su sentencia– el tono securitario y absolutista que impera en el Decreto N° 70/17.

En tal sentido, sobre un total de cinco miembros, existen tres votaciones distintas. El núcleo más duro, seguido por dos magistrados, señaló que según la ley de migraciones el otorgamiento de la dispensa era una facultad discrecional de la administración, hizo alusión al “núcleo de discrecionalidad” del organismo y al criterio restrictivo con que deben ser interpretados los regímenes de excepción. El segundo voto, correspondiente a otros dos jueces, hizo referencia al control de razonabilidad que corresponde a este tipo de actos (aspecto no abordado en el primer voto) y, siguiendo un criterio restrictivo similar al voto anterior, sostuvo que el tribunal de la anterior instancia hizo alusión a la existencia de parientes no mencionados en el artículo 10 de la Ley N° 25.871 (hermano y sobrinos de la actora) y omitió expedirse sobre la afectación del derecho de reunificación familiar, ya que “no examinó cual sería el grado desamparo en que quedaría la madre y el cónyuge de la migrante como consecuencia del acto de expulsión”. El último magistrado, con un criterio más

⁵² CSJN, 24/09/20, “Barrios Rojas, Zoyla Cristina c/ EN – DNM resol. 561/11- (exp. 2091169/06 (805462/95)) y otro s/ recurso directo para juzgados”, Expte. CAF 31.986/11. Accesible en www.pjn.gov.ar “Consulta y Gestión de Causas Judiciales”.

cercano al segundo voto, hizo referencia a que el tribunal de segunda instancia no había dado argumentos suficientes para fundar la arbitrariedad de la medida de expulsión o que ésta fuera persecutoria o discriminatoria.

Sin perjuicio de que no nos adentraremos en el análisis pormenorizado de las circunstancias dicho precedente, cabe advertir el criterio seguido por el Alto Tribunal dista de ser aislado, ya que –en los hechos– implicó una confirmación de la jurisprudencia mayoritaria imperante en la CNACAF, que –ajustándose a un criterio similar al dispuesto por el Decreto N° 70/17– consideraba que el otorgamiento de la dispensa por reunificación familiar es una facultad discrecional de la DNM y rechaza con carácter general los recursos interpuestos por las personas migrantes⁵³. En efecto, sólo una de las Sala que componen ese Fuero sigue un criterio diverso al antes expuesto y efectúa un control judicial amplio de las medidas cuestionadas⁵⁴.

Asimismo, si hacemos una mirada fugaz con respecto a la jurisprudencia existente en la materia, podremos observar que en el ámbito de ese fuero, no es copiosa la jurisprudencia que se expide con respecto a la extensión que debe otorgársele al concepto de familia y la existente lo realizó con un criterio limitado.

En tal sentido, se expuso que no basta con "invocar poseer una hermana y sobrinos radicados en el país, toda vez que aquellos no se encuentran comprendidos en el art. 10 de la [Ley N°] 25.871 que regula el derecho de reunificación familiar" y que "[s]i bien la recurrente considera que el término

⁵³ CNACAF: Sala I, 13/11/14, "Velito Castillo Luis Antonio c/ EN - DNM – Ley 25.871 - Disp. n° 1491/10 s/ Proceso de conocimiento", Expte. N° 6.076/11; 01/06/17, "Almonacid Obispo Víctor Raúl c/ EN-M Interior-DNM-resol 44/12 (EXPTTE 2140503/06) s/recurso directo DNM"; 05/06/18, "R. R., H. c/EN-M Interior OPy V-DNM s/recurso directo DNM", Expte. N° 53.869/17; Sala II, 13/11/14, "L. Y. c/ EN - DNM - Disp. 69130/08 s/recurso directo DNM", Expte. N° 35.631/12; 28/05/15, "A. L. M. D. y otro c/ EN- DNM - Resolución n 1859/10 (Expte. N 2058815/06) y otros s/recurso directo para juzgados", Expte. N° 11.329/11; Sala III: 02/11/2010, "Granados Poma, Héctor c/ EN - DNM - Resol. n° 104574/09 (expte. n° 2293077/07) s/ amparo ley 16.986", Expte. N° 4/10; 5/04/11, "G. M. J.J. -INC MED(14-II-11) c/ EN -DNM – RESOL 743/10 (Expte. 2233178/06) s/proceso", Expte. N° 6.930/11; Sala IV, 19/10/17, "X., W. c/ Estado Nacional - Dirección Nacional de Migraciones s/ Recurso Directo DNM", Expte. N° 33.125/17; 7/11/17, "G. F., S. c/ EN -M° Interior- DNM-Disp. 260/13 (expte. 807982/08) y otro s / recurso directo DNM", Expte. N° 16.357/2013; entre muchos otros. Accesibles en: www.pjn.gov.ar "Consulta y Gestión de Causas Judiciales".

⁵⁴ CNACAF, Sala V, 17/04/2018, "Díaz Escobar William c/ EN-M° Interior-DNM-Resol 308/12 (Expte 708221/84) y otro s/ Recurso Directo DNM", Expte. N° 26.909/12; 04/07/2019 y 06/08/2019, "W. N. c/ EN-M° Interior OP Y V-DNM s/ Recurso Directo", Expte. N° 17.217/18; entre otros. Accesibles en: www.pjn.gov.ar "Consulta y Gestión de Causas Judiciales".

'familia' debería ser interpretado en un sentido amplio, no cuestiona la constitucionalidad de aquella norma que determina qué familiares van a ser considerados a los fines de garantizar el derecho de reunificación familiar, entre los cuales no se encuentra el vínculo invocado por la actora. En consecuencia, si los textos respectivos no han sido objeto de planteamiento y tacha de inconstitucionalidad por el eventual afectado, no corresponde prescindir de la aplicación de la norma"⁵⁵.

Como podemos inferir de lo antes expuesto, deberíamos plantear en cada caso concreto la inconstitucionalidad del artículo 10 de la Ley de Migraciones para poder acceder a que otros vínculos familiares, puedan ser considerados dentro del concepto de unidad familiar.

Por otro lado, de acuerdo con el principio general de la carga de la prueba (conf. art. 377 del CPCCN), dichos tribunales consideran que para la procedencia de la dispensa de la expulsión con motivo de reunificación familiar se requiere la acreditación de los vínculos familiares invocados a través del ofrecimiento de los medios de prueba pertinente (vgr. partida de nacimiento, libreta de matrimonio o convivencial, etc.)⁵⁶. Asimismo, con respecto a las uniones convivenciales, se ha dicho que para la aplicación de la dispensa fundada en esa causal, se requiere dicha unión esté inscripta en el registro que corresponda a la jurisdicción local⁵⁷. Por otro lado, se destacó que se requiere el reconocimiento de la paternidad que se invocara como sustento de la dispensa⁵⁸,

⁵⁵ CNACF, Sala V, 20/08/19, "Y.Q. c/ EN-M Interior OP y V-DNM s/ Recurso Directo DNM", Expte. N° 21.776/19; Sala I, 28/08/18, "V.M.E.M Y OTRO c/ EN-M° INTERIOR-DNM-RESOL 903/11(EXPTE 8022316/07) s/RECURSO DIRECTO DNM", Expte. N° 11.578/12. Accesibles en: www.pjn.gov.ar "Consulta y Gestión de Causas Judiciales"; con cita de CSJN, 02/07/1987, Fallos: 310:1401.

⁵⁶ CNACAF, Sala IV, 28/09/17, "N.B. c/ Estado Nacional - Ministerio del Interior - Dirección Nacional de Migraciones s/ Recurso Directo DNM", Expte. N° 32.101/17; 19/09/19, "T. R., P. c/EN -M. Interior- DNM s/Recurso Directo DNM", Exp. N° 5.915/14; 10/12/19, "N.C.R.R. c/ EN - M Interior OP Y V-DNM s/Recurso Directo DNM", Expte. N° 21.376/19; Sala II, 28/05/15, "A.L.M.D. y otro c/ EN- DNM - Resolucion n 1859/10 (Expte. n 2058815/06) y otro s/ recurso directo para juzgados", Expte. N° 11.329/11; 01/10/19, "G.S.L. c/E.N. -M Interior O.P. y V.- D.N.M. s/ recurso directo DNM", Expte. N° 14.902/19. Accesibles en: www.pjn.gov.ar "Consulta y Gestión de Causas Judiciales".

⁵⁷ CNACAF, Sala II, 28/12/17, "S.R.J.C. c/ EN- M Interior Op y V-DNM s/ recurso directo DNM", Expte. N° 51.126/17. Accesibles en: www.pjn.gov.ar "Consulta y Gestión de Causas Judiciales".

⁵⁸ CNACAF, Sala II, 05/06/18, "C. B., V. A. c/E.N. -M Interior OP y V- DNM s/recurso directo DNM", Expte. N° 73.314/17, del; Sala V, 12/04/18, "C.X. c/ EN-M INTERIOR OP Y V-DNM s/Recurso Directo DNM", Expte. N° 61.398/17. Accesibles en: www.pjn.gov.ar "Consulta y Gestión de Causas Judiciales".

como así también la convivencia del grupo familiar y la dependencia económica⁵⁹.

VIII. Conclusiones

Conforme pudimos observar a lo largo del presente trabajo, el margen de discrecionalidad que poseen los Estados para regular la política migratoria, encuentra un límite en los derechos humanos de las personas migrantes y sus familias.

En el marco de esos derechos, se encuentra la protección integral de la familia, de cuya derivación se funda el principio de unidad o reunificación familiar receptado por la Ley de Migraciones, que posee una íntima relación con los derechos y deberes de los padres para con los hijos y viceversa.

El derecho a la reunificación familiar, de acuerdo con los instrumentos de derechos humanos en las condiciones de su vigencia, se encuentra consagrado y protegido con un carácter amplio, más allá de la previsión expresa del artículo 10 de la Ley de Migraciones.

No obstante ello, corresponde que –en cada caso concreto– las partes invoquen y prueben la inconstitucionalidad de la referida norma, a fin de acceder a una protección amplia en las condiciones antes descriptas.

Asimismo, pudimos verificar que los procedimientos administrativos y procesos judiciales relativos a la materia, no resultan ajenos a las garantías del debido proceso, la protección judicial efectiva y el respeto a la dignidad humana, sin importar el estatus migratorio de la persona migrante y su familia.

Por otro lado, los instrumentos internacionales de derechos humanos exigen que en los procedimientos migratorios que puedan producir una afectación en los derechos y deberes familiares, se tome en consideración el interés superior del niño y, en caso de que éste decida intervenir, se ejecute adecuadamente su derecho a ser escuchado libremente. Estos dos derechos, forman parte de las garantías de defensa en juicio que –en particular– poseen los migrantes y sus hijos en miras a que las solicitudes de reunificación o unidad

⁵⁹ CNACAF, Sala II, 1/10/19, "G. S., L. c/E.N.-M Interior O.P. y V.- D.N.M. s/ recurso directo DNM", Expte.Nº 14.902/2019. Accesibles en: www.pjn.gov.ar "Consulta y Gestión de Causas Judiciales".

familiar sean resueltas adecuadamente⁶⁰. Frente a tales planteos, se torna necesario conocer el interés superior del niño para adoptar una decisión legítima a la luz del derecho internacional de los derechos humanos y cumplir adecuadamente con los requisitos propios de todo acto administrativo (conf. Ley N° 19.549, B.O. 27/04/72).

Además, por derivación de esas garantías y del principio republicano de la publicidad de los actos de gobierno (conf. art. 1 de la CN), más allá de la redacción empleada en la normativa migratoria, corresponde que en cada caso concreto la DNM motive adecuadamente las decisiones que adopte en tal sentido, razón por la cual no deberían ser considerados suficientemente motivados los actos que recurran a la utilización de las fórmulas mecánicas, que muchas veces se verifican en esos casos, tales como la naturaleza o gravedad del delito, el ingreso irregular, entre otras.

En efecto, el deber de motivación de dichos actos, debe ser integrado las obligaciones internacionales aplicables en la materia. En particular, el Estado tiene un deber amplio de adoptar medidas positivas para la protección de la familia, como así también tiene la obligación de determinar en cada caso la constitución del núcleo familiar y decidir de acuerdo con sus circunstancias particulares, de forma razonada y proporcional con los fines planteados.

No obstante ello, como pudimos observar en los dos últimos títulos, la claridad constatada en el ámbito interamericano, con respecto a la aplicación y vigencia de los derechos en estudio (como así también la interpretación que debe realizarse en la materia por derivación del principio *pro homine*), se contrasta con opacidad que se verifica -con carácter general- en el ámbito jurídico y normativo interno argentino.

En tal sentido, pudimos reseñar las disposiciones aplicables a la materia y, aun brevemente, las modificaciones introducidas por el Decreto N° 70/17, que parte de la doctrina identifica como una crisis a la hospitalidad argentina (BASOK; 2019), como así también ingresar –en forma pormenorizada– en los cuestionamientos que puede merecer esa norma material con respecto al objeto de estudio del presente trabajo.

⁶⁰ Corte IDH, OC N-21/14, op. cit., párr. 108.

Con relación a esto último, conviene recordar que los Estados no pueden invocar el derecho interno como condición del incumplimiento de un tratado (arg. art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, aprobada por Ley N° 19.865, B.O. 11/01/73), lo cual también resulta aplicable al ámbito de los instrumentos internacionales de los derechos humanos en las condiciones de su vigencia. Además, no deberíamos perder de vista el mandato previsto en la Ley de Migraciones, en cuanto a que –este plexo legal– debe ser interpretado en armonía y en cumplimiento con los compromisos internacionales de la República Argentina en materia de derechos humanos, integración y movilidad de las personas migrantes.

De acuerdo con lo antes expuesto, podríamos considerar que el Estado –en sentido *lato sensu*– debería hacerse eco de las críticas efectuadas con respecto a la vigencia, aplicación y legalidad de la referida norma material, entre ellas, las observaciones efectuadas por el Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares (en adelante CPDTTMyF)⁶¹, como así también de las directrices y estándares sentados por la Corte IDH en la materia en estudio y de los objetivos planteados en la Agenda 2030.

Sólo en la medida en que ello suceda, podremos afirmar que el procedimiento migratorio argentino resulta compatible con los derechos humanos de las personas migrantes, ya que el texto vigente –conforme a lo reseñado precedentemente– presenta serias dudas en torno a su constitucionalidad, convencionalidad, legalidad y razonabilidad.

En este contexto normativo y ante la inactividad jurisdiccional verificada en la causa “CELS”, resulta de suma importancia que el Congreso de la Nación reasuma las competencias exclusivas que le corresponden con relación a la regulación de la materia (arg. 75 inc. 18 de la CN), de modo que la norma y la política migratoria nacional puedan retomar la senda humanitaria y de apertura que caracterizó históricamente al país, como así también actualizar este tipo de procedimientos a los derechos y garantías previstos en los instrumentos

⁶¹Informe accesible en:
https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CMW/Shared%20Documents/ARG/CMW_C_ARG_CO_2_37078_S.pdf

internacionales de derechos humanos en las condiciones de su vigencia. Sólo a través de esta vía, los posibles futuros nacionales argentinos no se encontrarán a la merced del gobierno de turno y podrán gozar de un procedimiento migratorio objetivo, con las debidas garantías, establecido por el órgano constitucional encargado a tal efecto y de acuerdo con la voluntad democrática expuesta por el pueblo de la Nación a través de sus representantes.

IX. Bibliografía

ALEXY, R. (1993). *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales, pp. 281-326.

ARLETTAZ, F. (2018). *Admisión y Expulsión de Extranjeros en el Derecho Argentino*. Estudios Constitucionales, Año 16, N°1.

BASOK, T. (2019). *Regional Migration and Argentina's "Hospitality" in Crisis*. The Oxford Handbook of Migration Crises. Accesible en: www.oxfordhandbooks.com

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2016). *Movilidad Humana Estándares Interamericanos*. Accesible en: <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/MovilidadHumana.pdf>.

CEDDHH (junio de 2019). *Migrants in detention*. Factsheet. Accesible en: https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Migrants_detention_ENG.pdf.

European Union Agency for Fundamental Rights. *Handbook on European law relating to asylum, borders and immigration*. Accesible en: https://fra.europa.eu/sites/default/files/handbook-law-asylum-migration-borders-2nded_en.pdf.

GARCÍA MELE, S.J. (2013). *Comentario del Artículo 17. Protección a la Familia*. En ALONSO REGUEIRA E. M. (Dir.). *La Convención Americana de Derechos Humanos*

y su proyección en el Derecho Argentino; Buenos Aires: La Ley; Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho, pp. 283-305.

GIUSTINIANI, R. (2004), *Migración: un derecho humano*. Buenos Aires: Prometeo Libros.

GONZÁLEZ, A. P. (2017). *La construcción de la “peligrosidad” del migrante: un análisis sobre las representaciones sociales de miembros del sistema judicial en la Ciudad de Buenos Aires*. Estudios Socio-Jurídicos, [S.I.], Volumen 19, N° 2, pp. 63-95. Accesible en: <http://dx.doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/sociojuridicos/a.5423>.

GONZÁLEZ, A.P. (2016). *Imaginarios sobre los derechos humanos de migrantes internacionales en el sistema judicial: algunos límites al principio de universalidad en el caso de Argentina*. Revista Latinoamericana de Derechos Humanos, Número monográfico extraordinario 2016, Tendencias de las Migraciones. Accesible en: www.revistas.una.ac.cr/derechoshumanos

GORDILLO, A. (2004). *El Migrante irregular de la Ley 25.871. Otra Modificación transversal al derecho argentino*. La Ley. Accesible en: http://www.gordillo.com/cv/art_27.pdf

MÁRMORA, L. (2004). *Las leyes de migraciones como contexto normativo (de la “Ley Videla” hacia la Ley de Migraciones 25.871)*. En GIUSTINIANI, R. *Migración: un derecho humano*. Buenos Aires: Prometeo.

MARTÍNEZ PIZARRO, J. (2003). *El mapa migratorio de América Latina y el Caribe, las mujeres y el género*. Naciones Unidas, CEPAL, CELADE, Fondo de Población de las Naciones Unidas, Serie Población y Desarrollo, N° 44. Accesible en: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/7182/S039639_es.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Ministerio Publico Fiscal, Procuraduría de Trata y Explotación de Personas, Informe Anual 2017. Accesible en: <https://www.mpf.gob.ar/protex/files/2018/03/INFORME-ANUAL-2017.pdf>.

MODOLO, V. (2009). *La política de expulsión de extranjeros en Argentina. Continuidad o quiebre en la actual Ley de Migraciones*, UBACyT (S016). En X Jornadas Argentinas de Estudios de Población. Asociación de Estudios de Población de la Argentina, San Fernando del Valle de Catamarca. Accesible en: <https://www.aacademica.org/000-058/67.pdf>

NIETO, A. (2005), *Derecho Administrativo Sancionador*. Madrid: Tecnos.

NACIONES UNIDAS, Manual para la lucha contra la trata de personas. Accesible en: https://www.unodc.org/pdf/Trafficking_toolkit_Spanish.pdf.

PALACIOS, C. – Lara Correa, W. (2006), ¿La libertad de circulación a la espera de una decisión administrativa? O la necesidad de incorporar en el ámbito del derecho administrativo nacional la figura jurídica de la tutela anticipada, con el propósito de solucionar cuestiones urgentes, *La Ley*, 2006-A,44.

PASCUAL, M. N. (2020). *El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser escuchados en el procedimiento migratorio*. Ponencia presentada en Congreso Federal, Internacional e Interdisciplinario: Derechos Humanos para la niñez y la adolescencia; Comisión de Trabajo N° 4: Migrantes, Refugiados y Desplazados: Su Impacto en la Infancia; Facultad de Derecho, UBA, Buenos Aires, Argentina.

PÉREZ GONZÁLEZ, C. (2012), *Migraciones irregulares y Derecho Internacional*. Valencia: Tirant lo Blanch.

PINTO, M. (2004), *El principio 'pro homine'. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los Derechos Humanos*. En ABREGÚ M. (Comp). *La*

aplicación de los Tratados sobre Derechos Humanos por los Tribunales Locales.
Buenos Aires: CELS.

RECASÉNS SICHES, L. (1961); *Filosofía del Derecho*. México: Porrúa.

ROCA, S. (2017). *El Derecho de Acceso a la Justicia y la Garantía del Debido Proceso de las Personas Migrantes en Argentina*. Revista IIDH, Vol. 65, pp. 215-280. Accesible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r37859.pdf>.

ROSATTI, H. (2010). *Tratado de Derecho Constitucional*. Santa Fe: Rubinzal – Culzoni Editores.

WALES, NICOLAI, S. J. Y AIAZZI, E. (2017), *Education, migration and the 2030 Agenda for Sustainable Development*. Londres: ODI.

Seguí las actividades

del Centro de Excelencia Jean Monnet IR&DH en:

www.derecho.uba.ar/institucional/centro-de-excelencia-jean-monnet/



CentrodeExcelenciaIRDH



@centro_dh



centrodeexcelenciajmbairdh



Centro de Excelencia Jean Monnet IR&DH