El derecho de acceso a la justicia y la garantía del debido proceso de las personas migrantes en Argentina*

*Santiago Roca***

Objeto del trabajo

El fenómeno migratorio es cada vez más amplio, profundizando la contradicción intrínseca que trajo aparejada la globalización en virtud de la cual los Estados nación han abierto los mercados pero no las fronteras; han derrumbado las barreras a la libre circulación de la información y de los capitales, pero no

* Se debe reconocer la labor de todo el equipo de trabajo de la Defensoría Pública Oficial con competencia en la representación judicial de las personas migrantes, en especial al doctor Hernán de Llano, así como a las doctoras María Carolina Acuña Serry y Marina Salmain; también a quienes integran la Comisión del Migrante, por su invaluable aporte en la creación de la jurisprudencia dictada en la materia.

** Abogado con diploma de honor por la Universidad de Buenos Aires, Argentina; magíster en abogacía del Estado, por la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado de la Procuración del Tesoro de la Nación. Realizó el programa de posgrado en Derecho Constitucional y Derechos Humanos por la Universidad de Palermo, Argentina, y el programa avanzado de derechos humanos y derecho internacional humanitario, American University, Estados Unidos de América. Defensor público oficial federal, en uso de licencia y desde 2014, secretario general de la Defensoría General de la Nación, en el Ministerio Público de la Defensa de la República de Argentina. Profesor adjunto de la materia Principios de Derechos Humanos y Derechos Constitucional en la Universidad de Buenos Aires. Autor de diversos artículos relacionados con derecho constitucional, derechos humanos y derecho administrativo. Participante en conferenciastanto como expositor, coordinador o asistente.

lo han hecho en la misma medida con las de la libre circulación de las personas. Sin embargo, ningún Estado puede sustraerse de las consecuencias de alguna forma de migración, profundizada –entre otras razones– por el aumento de las desigualdades entre los países, así como por la proliferación de conflictos y guerras civiles, entre otros factores.

Estas corrientes migratorias producen, –a menudo–, innumerables desazones y sufrimientos a las personas que se movilizan. De forma especial, dicho sufrimiento alcanza a la migración de los núcleos familiares y a la femenina, siempre más numerosa. Contratadas con frecuencia como trabajadoras no cualificadas (trabajadoras domésticas) y empleadas en el trabajo irregular, las mujeres se ven –a menudo– despojadas de los derechos humanos y sindicales más elementales, cuando no caen víctimas del triste fenómeno conocido como “tráfico humano” que ya no exime ni siquiera a la niñez.

Los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos y su interpretación por parte de los distintos órganos, tanto del sistema internacional como del interamericano han fijado estándares de protección de estos grupos vulnerables que han impulsado cambios normativos dentro de los Estados, acordes con dichos parámetros.

Sin embargo, se observa con angustia y desazón que –a pesar de existir normas protectoras– siguen vigentes criterios y prácticas que contradicen estos estándares y violan profundamente los derechos más elementales de las personas migrantes.

El objeto de este trabajo no es analizar todos los derechos reconocidos a las personas que migran, sino abordar la problemática del acceso a la justicia y el debido proceso del extranjero en la cuestión migratoria. Posibilitar el derecho de defensa de la persona migrante a través del acceso a la justicia

y el debido proceso, es la piedra basal para poder garantizar y hacer efectivos todos los derechos que le reconocen las normas nacionales e internacionales.

Comenzaré describiendo, brevemente, el fenómeno de las migraciones en nuestro tiempo y cuáles son los derechos y las obligaciones de los Estados en el marco de la movilidad humana. Concluida esa descripción global, me adentraré en el análisis de la cuestión migratoria en la República Argentina, donde se efectuará una crítica razonada de las distintas normas que regularon y regulan en la actualidad la materia.

En el marco de esta descripción se enumerarán y analizarán los distintos problemas que se suscitan en la ejecución de las normas vigentes que impactan y, en algunas ocasiones, vedan a las personas migrantes la posibilidad de acceder a la justicia y defender correctamente sus derechos. Para ello, se efectuará una descripción pormenorizada de la jurisprudencia lograda frente a cada uno de los obstáculos que fueron y van apareciendo, cuando se intenta defender a este colectivo de personas en situación de vulnerabilidad.

Introducción

Según el diccionario de la Real Academia Española, migrante es toda persona que se traslada desde el lugar en que habita a otro diferente.

La movilidad es una característica inherente a los seres humanos, que ha sido constante a lo largo de la historia. Pero fue con la creación del Estado nación, a partir de los tratados de Westfalia de 1648, lo que trajo consigo el fenómeno que hoy se conoce como migración internacional.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH) ha definido la migración internacional como el cruce de una persona o grupo de personas de una frontera estatal internacionalmente reconocida de su país de origen, con el propósito de establecerse por un período de tiempo o de manera permanente en otro país del cual no es nacional¹.

Estos movimientos, reconoce el citado órgano regional, responden a un fenómeno multicausal que implica que las personas migran por diversas razones; entre estas se encuentran las de índole económica, social, política y ambiental.

Para 2015, se estimaba el número de migrantes internacionales en doscientos cuarenta y cuatro millones de personas a nivel mundial, lo cual representaba un 3.3 % de la población planetaria y se prevé que siga en aumento durante las próximas décadas. Del total de migrantes internacionales en el mundo, en las Américas hay cerca de sesenta y tres millones; alrededor de cincuenta y cuatro se encuentran en Norteamérica, principalmente en los Estados Unidos con cuarenta y siete. En América Latina y el Caribe viven nueve millones de migrantes internacionales. En términos porcentuales, el 26 % de migrantes internacionales a nivel mundial se encuentra en las Américas².

1 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Derechos humanos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazados internos: Normas y estándares del sistema interamericano de derechos humanos* (en adelante, *Movilidad humana. Estándares interamericanos*), OEA/Ser.L/V/II. Doc. 46/15, 31/12/2015, párr. 2.

2 Cfr. Organización de las Naciones Unidas. *Trends in International Migration 2015*, Departamento de Asuntos Económicos y Sociales: División de Población, pp. 1 y 2, disponible en <http://www.un.org/en/development/desa/population/migration/publications/populationfacts/docs/MigrationPopFacts20154.pdf> (acceso 2/10/2017).

Durante las últimas décadas, se ha evidenciado en el mundo un incremento gradual de la movilidad humana. Como consecuencia de diversos factores se prevé que la migración seguirá en aumento en el continente americano; entre dichos factores se encuentran: 1) las crecientes disparidades socioeconómicas, particularmente en términos de desigualdad, pobreza y necesidades básicas insatisfechas; 2) el auge de la flexibilización y la disminución de garantías y derechos laborales, principalmente respecto de trabajadores de sectores económicos de baja cualificación; 3) el aumento de la violencia criminal en algunos países del continente y el consecuente deterioro progresivo de los niveles de seguridad humana; 4) el deterioro de la situación económica, social y política de diversos países; 5) el impacto generado por la violencia producto de guerras, conflictos armados y el terrorismo; 6) la fragilidad y/o corrupción de instituciones políticas en algunos países de la región; 7) las necesidades de reunificación familiar; 8) el impacto del accionar de empresas nacionales y transnacionales; 9) el cambio climático y los desastres naturales; y 10) el auge de la urbanización a partir de la mejora de las condiciones de vida en las ciudades³.

I. Derechos y obligaciones de los Estados en materia migratoria

Con el reconocimiento de lo que ha sido denominado el derecho humano de toda persona a migrar, tanto interna como internacionalmente, se materializó la importancia de este acuciante tema; también la del derecho a no migrar forzadamente.

Así, podemos observar los artículos VIII y XXVII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre,

3 CIDH. *Movilidad humana. Estándares interamericanos*, párr. 17.

de 1948; 9, 13 y 14 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, también del mismo año; 2, 3 y 4 del Protocolo N° 4 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, de 1963; 12 y 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 1966; 22 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de 1969; 12 de la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos, de 1981; 8 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (1990); y 3.1, a), 4.1, 4.4, 4.5, 7.5, a) y 7.5, d) de la Convención de la Unión Africana para la Protección y Asistencia de los Desplazados Internos en África (Convención de Kampala), de 2009.

La CIDH señala lo siguiente:

“El principio fundacional del Derecho Internacional de los Derechos Humanos es que los derechos humanos no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana. En este orden de ideas, las personas en el contexto de la migración, independientemente de que no sean nacionales del Estado en el que se encuentran, tienen derecho al respeto y garantía de sus derechos humanos. A excepción del derecho a entrar, circular y residir en un país, el cual se encuentra restringido a aquellas personas que cuenten con la autorización legal para hacerlo, y de ciertos derechos políticos restringidos a los ciudadanos, los migrantes tienen derecho a que se les respeten y garanticen los demás derechos reconocidos en la Convención Americana y demás instrumentos interamericanos en igualdad de condiciones con las demás personas”⁴.

Además, sostiene que los

4 CIDH. *Movilidad humana. Estándares interamericanos*, párr. 80.

“órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos han reconocido reiteradamente que, si bien en el marco de sus atribuciones soberanas los Estados tienen el derecho a controlar sus fronteras, definir los requisitos de ingreso, estancia y expulsión de los extranjeros de su territorio y, en general, de establecer sus políticas migratorias; las políticas, leyes y prácticas que implementen en materia migratoria deben respetar y garantizar los derechos humanos de todas las personas migrantes, los cuales son derechos y libertades que se derivan de su dignidad humana y que han sido ampliamente reconocidos por los Estados a partir de las obligaciones internacionales que han contraído en materia de derechos humanos”⁵.

La CIDH también ha determinado que en esta área, ni el ámbito de acción del Estado ni los derechos de una persona que no es nacional son absolutos⁶, al tiempo que

“ha coincidido con otros órganos internacionales en que debe haber un juicio de ponderación, conforme al cual se debe ponderar el interés legítimo del estado de proteger y promover el bienestar general *vis-á-vis* los derechos fundamentales de las personas no nacionales. Cabe recordar, en tal sentido, que la política de inmigración debe garantizar a todos una decisión individual con respeto del debido proceso; del derecho a la vida, a la integridad física y mental, familiar y el derecho de los niños a obtener medios especiales de protección”⁷.

Todo procedimiento judicial o administrativo que pueda afectar los derechos de una persona debe seguirse conforme las

5 *Ibid.*, párr. 6.

6 *Cfr.* CIDH. *Wayne Smith, Hugo Armendariz y otros*, Estados Unidos, Informe de fondo N° 81/10, Caso 12.562, 12 de julio de 2010, párr. 51.

7 CIDH. *Movilidad humana. Estándares interamericanos*, párr. 348.

garantías del debido proceso, de forma que las personas puedan defenderse adecuadamente de cualquier acto emanado del Estado.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, CADH), en su artículo 8, consagra los lineamientos generales del debido proceso legal al reconocer a toda persona el derecho: a) a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley; b) a que se presuma su inocencia; c) de ser asistido gratuitamente por traductor o intérprete; d) a la comunicación previa y detallada de la acusación formulada; e) a la concesión del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa; f) de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor; g) de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, si no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley; h) de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos; i) de no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable; y j) de recurrir el fallo ante juez o tribunal superior.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) y la CIDH han sido enfáticas al señalar que las garantías antes mencionadas son aplicables a toda situación en la que se determinen los derechos de las personas, entre los cuales se encuentran las migrantes, independientemente de su situación migratoria⁸.

⁸ Cfr. Corte IDH. *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, Opinión Consultiva OC-16/99 del 1 de octubre de 1999, Serie A, N° 16, párrs. 127 y 129; Cfr. Corte IDH. *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, Opinión

Asimismo, las normas y órganos internacionales de protección de derechos humanos coinciden en señalar garantías mínimas aplicables a dicho tipo de procesos. Así, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, su artículo 13 señala lo siguiente:

“El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado Parte en el presente Pacto sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley; y, a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello, se permitirá a tal extranjero exponer las razones que lo asistan en contra de su expulsión, así como someter su caso a revisión ante la autoridad competente o bien ante la persona o personas designadas especialmente por dicha autoridad competente, y hacerse representar con tal fin ante ellas”.

El Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, al interpretar dicha norma determinó que “los derechos establecidos en dicho artículo 13 sólo protegen a los extranjeros que se encuentren lícitamente en el territorio de un Estado Parte [...] No obstante, si la cuestión controvertida es la

Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003, Serie A, N° 18, párrs. 121 y 122; Cfr. Corte IDH. *Vélez Loor vs. Panamá* (Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 23 de noviembre de 2010, Serie C, N° 218, párr. 143; Cfr. *Informe sobre inmigración en Estados Unidos: Detenciones y debido proceso*, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 78/10, 30 de diciembre de 2010, párr. 58; Cfr. CIDH. *John Doe y otros*, Canadá, Informe de fondo N° 78/11, Caso 12.586, 21 de julio de 2011, párr. 116; Cfr. CIDH. *Wayne Smith, Hugo Armendariz y otros*, Estados Unidos, Informe de fondo N° 8110/10, Caso 12.562, 12 de julio de 2010, párr. 63; Cfr. CIDH. *Nelson Iván Serrano Sáenz*, Ecuador, Informe de fondo N° 84/09, Caso 12.525, 6 de agosto de 2009, párr. 61; Cfr. CIDH. *Andrea Mortlock*, Estados Unidos, Informe de admisibilidad y fondo N° 63/08, Caso 12.534, 25 de julio de 2008, párrs. 78 y 83; Cfr. CIDH. *Raghda Habbal e hijo*, Argentina, Informe de admisibilidad N° 64/08, Caso 11.691, 25 de julio de 2008, párr. 54; y Cfr. CIDH. *Loren Laroye Riebe Star, Jorge Barón Guttlein y Rodolfo Izal Elorz v. México*, Informe de fondo N° 49/99, Caso 11.610, 13 de abril de 1999, párr. 46.

licitud de su entrada o permanencia, toda decisión a este respecto que desemboque en su expulsión o deportación debe adoptarse con arreglo a lo previsto en el artículo 13”⁹.

Por su parte, en su “Proyecto de artículo sobre la protección de derechos humanos de las personas expulsadas o en vías de expulsión”, la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas “ha expresado que dichas personas deben recibir las siguientes garantías procesales: a) condiciones mínimas de detención durante el procedimiento; b) derecho a ser notificado de la decisión de expulsión; c) derecho a recurrir y a tener acceso a recursos eficaces para recurrir la decisión de expulsión; d) derecho a ser oído por una autoridad competente; e) a estar representado ante dicha autoridad competente; f) derecho a contar con la asistencia gratuita de un intérprete; y g) asistencia consular”¹⁰.

La CIDH analizó, organizó, sistematizó y enumeró todas estas garantías procesales que fueron plasmadas en su informe sobre los estándares interamericanos en el caso de movilidad humana, aprobado en el 2015¹¹. Allí quedó establecido que todos los procesos migratorios deben contar con las siguientes garantías procesales mínimas:

1. Derecho a recibir una comunicación previa y detallada del procedimiento para la determinación de su situación jurídica y, en caso de que la persona sea detenida o retenida, a ser informada de las razones de su detención y notificada sin

9 Comité de Derechos Humanos. *Observación General N° 15 relativa a la situación de los extranjeros con arreglo al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, aprobada en el 27° período de sesiones, 1986, párr. 9.

10 Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas. *Expulsión de extranjeros*, texto de los proyectos de artículo 1 a 32 aprobados provisionalmente en primera lectura por el Comité de Redacción en el 64° período de sesiones, A/CN.4/L.797, 24 de mayo de 2012, artículos 19 y 26.

11 Cfr. CIDH. *Movilidad humana. Estándares interamericanos*, párr. 307 y 308.

demora del cargo o cargos formulados contra ella. La CIDH ha entendido que el hecho de que un migrante no sea notificado acerca de la existencia de un procedimiento administrativo en su contra, podría conllevar la violación de las garantías del debido proceso¹².

2. En caso de ser retenida, la persona tiene derecho a 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. Al respecto, la Corte IDH consideró que “debe comparecer personalmente ante la autoridad competente, la cual debe oír personalmente al detenido y valorar todas las explicaciones que éste le proporcione, para decidir si procede la liberación o el mantenimiento de la privación de la libertad”¹³.
3. Derecho a ser oído sin demora, a contar con un tiempo razonable y los medios adecuados para la preparación de su defensa y a reunirse libremente y en forma privada con su defensor. La CIDH entiende que el derecho de argumentar en contra de una orden de deportación, es incluso anterior al derecho a la revisión del caso; por ello, la persona debe contar con la oportunidad de reunir evidencias u otros materiales para fundar su caso ante la autoridad que lo ha privado de su libertad, o al inicio del procedimiento¹⁴.
4. Derecho a que los procedimientos migratorios sean llevados por un adjudicador competente, independiente e imparcial. Las decisiones en materia migratoria no pueden ser delegadas a funcionarios policiales o administrativos no especializados;

12 Cfr. CIDH. *Elías Gattas Sahih*, Informe de admisibilidad N° 09/05, Petición 1/03, Ecuador, 2 de febrero del 2005.

13 Corte IDH. *Vélez Loor...*, párr. 109.

14 Cfr. CIDH. *Loren Laroye...*, párr. 55.

su nombramiento y ubicación en la estructura administrativa del Estado deben estar rodeados de garantías de imparcialidad y ser inmunes a posibles presiones e influencias, y su actuación debe ajustarse de manera estricta a la ley¹⁵. La Corte IDH determinó que “cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal en los términos del artículo 8 de la Convención Americana”¹⁶.

5. Derecho a un traductor y/o intérprete libre de cargos. Deben ofrecerse servicios de traducción e interpretación en el idioma que la persona entienda¹⁷.
6. Derecho a representación letrada o legal. Debe garantizarse al migrante inmerso en un proceso migratorio, la posibilidad de ser representado por abogados de su elección o tener a su disposición alguna forma de asesoría especializada sobre los derechos que asisten al migrante¹⁸. La Corte IDH ha señalado que el derecho a las garantías y a la protección judicial, se vulnera por la negativa a la prestación de un servicio público gratuito de defensa legal a favor de los migrantes, lo cual impide que hagan valer sus derechos en juicio¹⁹.
7. Derecho a que la decisión que se adopte sea debidamente motivada. En palabras de la Corte IDH, el “deber de motivar las resoluciones es una garantía vinculada con la correcta administración de justicia, que protege el derecho de los

15 Cfr. CIDH. *Segundo informe de progreso de la relatoría sobre trabajadores migratorios y miembros de sus familias*, Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2000, capítulo VI, Estudios especiales, OEA/Ser./L/V/II.111, doc. 20, 16 de abril de 2001, párr. 99.

16 Corte IDH. *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú* (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 31 de enero de 2001, Serie C N° 71, párr. 104.

17 Cfr. CIDH. *Segundo informe de progreso de la relatoría...*, párr. 99, C.

18 Cfr., *ibid.*, párr. 99, D.

19 Corte IDH. *Condición jurídica y derechos...*, párr. 126.

ciudadanos a ser juzgados por las razones que el derecho suministra [...] Por ello, las decisiones que adopten los órganos internos que puedan afectar derechos humanos deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias”. Para eso debe demostrar que “han sido debidamente tomados en cuenta los alegatos de las partes y que el conjunto de pruebas ha sido analizado”²⁰.

8. Derecho a ser notificado de la decisión que se adopte en el marco del procedimiento. La falta de notificación es en sí misma violatoria del artículo 8 de la CADH, pues coloca a la persona en un estado de incertidumbre respecto de su situación jurídica y torna impracticable el ejercicio del derecho a recurrir del fallo sancionatorio²¹.
9. Derecho a recurrir la decisión ante un juez o tribunal superior con efectos suspensivos. La revisión por parte de un juez o tribunal es un requisito fundamental para garantizar un adecuado control y escrutinio de los actos de la administración que afectan los derechos fundamentales²². Sin embargo, a efectos de la eficacia del derecho a recurrir y la correspondiente protección judicial, es necesario que el recurso judicial mediante el cual se impugna una decisión en materia migratoria tenga efectos suspensivos. Solo de esa forma se pueden proteger de manera efectiva los derechos de las personas migrantes²³.

20 Corte IDH. *Caso López Mendoza vs. Venezuela* (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 1/9/2011, Serie C N° 233, párr. 141.

21 Cfr. Corte IDH. *Caso Vélez Loor...*, párr. 180.

22 Cfr., *ibid.*, párr. 126.

23 Cfr. CIDH. *Benito Tide Méndez y otros*. República Dominicana, Informe de fondo N° 64/12, Caso 12.271, 29 de marzo de 2012; y CIDH. *Familia Pacheco Tineo*. Bolivia, Informe 136/11, Caso 12.474, Informe de fondo, 31/10/2011.

10. Derecho a la información y acceso efectivo a la asistencia consular. Las personas extranjeras tienen derecho, en las causas penales y administrativas a comunicarse sin dilación alguna con su representante consular conforme lo establecido en el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares. De acuerdo con la interpretación de la Corte IDH, la notificación consular debe darse en el momento en que el migrante es privado de su libertad y, en todo caso, antes de que rinda su primera declaración ante la autoridad²⁴.

II. La migración en Argentina

La migración hacia la República Argentina durante el siglo XIX y principios del siglo XX se caracterizó por ser de ultramar y en su mayoría proveniente de Europa, transformándose así en el segundo país receptor de inmigrantes europeos después de Estados Unidos. Dicha inmigración fue esencial en el poblamiento del país aportando, entre 1881 y 1914, alrededor de cuatro millones 200,000 personas. Las corrientes más numerosas se manifestaron antes de la Primera Guerra Mundial y, en 1914, la cantidad de inmigrantes alcanzó su máximo nivel histórico en términos relativos con un impacto del 30 % en el total de la población²⁵.

24 Cfr. Corte IDH. *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, Opinión Consultiva OC-16/99 del 1/10/1999, Serie A, N° 16, párr. 106.

25 Cfr. Organización de Estados Americanos. *Primer Informe del Sistema Continuo de Reportes sobre Migración Internacional en las Américas (SICREMI-2011)*, Parte III Informe por país, Argentina, disponible en <http://www.migracionoea.org/index.php/es/sicremi-es/17-sicremi/publicacion-2011/paises-es/53-argentina-1-sintesis-historica-de-la-migracion-internacional-en-argentina.html> (acceso 5/10/2017).

Las migraciones masivas desde Europa respondieron, en parte, a la oferta de mejores salarios. En promedio, un trabajador agrícola ganaba en cuatro o cinco meses de cosecha, entre cinco y diez veces más de lo que ganaba en su país de origen. Otro punto de atracción fueron los programas gubernamentales. En 1862, el Congreso autorizó la contratación de inmigrantes para colonizar los territorios nacionales; específicamente, las regiones externas a las provincias constituidas que eran regidas desde Buenos Aires. La Dirección Nacional de Migraciones (en adelante, DNM), establecida en 1869, nombró agentes en Europa para reclutar colonos. Los recién llegados gozaban de alojamiento gratuito, exención del pago de impuestos sobre sus posesiones y, con el tiempo, también traslado gratuito en tren²⁶. Muchos de los primeros inmigrantes lograron una rápida movilidad social, aunque muy pocos pudieron adquirir tierras.

En 1914, la población inmigrante representaba el 30 % de la población total. Las comunidades italianas y españolas continuaron dominando hasta la década de 1940, con un 42 y 38 % respectivamente. En este periodo también se destaca la presencia de inmigrantes rusos (93,000) y del ex Imperio Otomano (65,000)²⁷.

En la década de 1920, la migración a Argentina disminuyó debido a que la política estatal en la materia dificultaba el ingreso de personas extranjeras al país. El temor de las clases gobernantes a una revuelta de inmigrantes, aumentó la seguridad

26 Rock, David. *Argentina 1516-1982 from Spanish colonization to the Falklands War*, University of California Press, Los Ángeles, 1985, p. 141, citado en *Primer Informe del Sistema Continuo...*, p. 5, disponible en <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2011/7630.pdf> (acceso 27/10/2017).

27 Cfr. Devoto, Fernando. *Historia de la inmigración en Argentina*, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 2002, págs. 49 y 294, citado en *Primer Informe del Sistema Continuo...*, p. 5, disponible en <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2011/7630.pdf> (acceso 27/10/2017).

en los puertos de desembarque²⁸. Mientras tanto en Europa la productividad y los salarios se incrementaron, representando ello una fuerte competencia. La crisis de 1929 puso fin a la inmigración masiva desde Europa, que fue prevalente a principios del siglo XX²⁹.

Posteriormente, la migración hacia la República Argentina disminuyó y perdió su peso relativo a partir del Censo Nacional de 1947. El volumen bajó y además hubo cambios en su composición, pasando de un predominio de migración no limítrofe a un incremento sostenido de inmigrantes originarios de la misma región. Hacia comienzos del siglo XXI, dos tercios de los inmigrantes eran provenientes de los países limítrofes³⁰.

La principal causa del aumento de la inmigración regional hacia Argentina y su consolidación como polo de atracción de las migraciones de países limítrofes desde mediados del siglo XX, se explica por el alto estándar de desarrollo humano y económico del país con relación a los países de origen de los migrantes. Esto generó, con el tiempo, cadenas migratorias que facilitaron el proceso y su inserción e integración en las sociedades de acogida. Las migraciones laborales de países limítrofes se concentraron principalmente en actividades estacionales, servicio doméstico, construcción y comercio³¹.

Argentina sigue siendo, a la fecha, el país en Latinoamérica con el nivel de inmigración más elevado. En 2013 recibió casi 140,000 inmigrantes permanentes y aproximadamente el

28 *Cfr. Ibid.*, p. 356.

29 *Cfr.* Organización de Estados Americanos. *Primer Informe del Sistema Continuo...*, p. 5, disponible en <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2011/7630.pdf>. (acceso 27/10/2017).

30 *Cfr. Ibid.*, p. 4.

31 *Cfr. Ibid.*, p. 6.

mismo número de inmigrantes de carácter temporal. Ese año, la población nacida en el extranjero representó el 4.5 % del total de su población, tendencia que se ha mantenido desde 2010. Esta continúa siendo una de las poblaciones inmigrantes más grandes, en término relativos, de la región latinoamericana³².

III. Desarrollo normativo nacional: del fomento a la restricción

Como describimos en el punto precedente, la República Argentina ha sido un país receptor de migrantes desde su estructuración como Estado nación. Ello ha sido plasmado en la propia Constitución Nacional de 1853, receptando el anhelo de Juan Bautista Alberdi, quien un año antes había hecho célebre su frase: “Gobernar es poblar”³³.

El artículo 25 de la Carta Magna determina lo siguiente: “El Gobierno federal fomentará la inmigración europea; y no podrá restringir, limitar ni gravar con impuesto alguno la entrada en el territorio argentino de los extranjeros que traigan por objeto labrar la tierra, mejorar las industrias, e introducir y enseñar las ciencias y las artes”.

En este orden de ideas, el preámbulo de la Constitución extiende los derechos de libertad, bienestar general y justicia para “todos los hombres del mundo que quieran habitar en el suelo argentino”. Es decir que ya desde allí se tiene presente

32 *Cfr.* Organización de Estados Americanos. *Tercer Informe del Sistema Continuo de Reportes sobre Migración Internacional en las Américas (SICREMI-2015)*, OEA/Ser.D/XXVI.2.3, p. 69, disponible en http://www.migracionoea.org/images/sicremi/SICREMI_SPANISH_web.pdf (acceso 5/10/2017).

33 Alberdi, Juan Bautista. *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, La cultura argentina, Buenos Aires, 1915, p. 14.

a las personas migrantes como seres humanos pasibles de adquirir derechos y contraer obligaciones, mientras el Estado será el garante de ello. El texto constitucional, en el artículo 20, declara que el extranjero goza de amplios derechos civiles, como el derecho a ejercer su profesión, a comerciar, a la libertad de expresión y religión, y el de entrar y salir libremente del territorio³⁴.

Como lo señala Lucila Brisnikoff³⁵, la primera Ley inmigratoria de la Argentina se dictó en 1876, N° 817³⁶; fue conocida como Ley Avellaneda y su principal objetivo era atraer migrantes para contribuir a la población de todo el territorio argentino. Esta norma distinguía las categorías de viajero y de migrante, quien venía a establecer su vida de forma permanente en el país. No se consideraba otra alternativa. A su vez, el Estado argentino concedía distintos beneficios para los migrantes ultramarinos, ofreciendo un futuro prometedor.

La citada autora recuerda que a partir de la sanción de la Ley Avellaneda, en contadas oportunidades se discutió el rol de la inmigración en el marco de una sesión parlamentaria. Efectivamente, desde 1902, con la Ley de Residencia se estigmatiza al migrante “indeseable” y se lo condena a la deportación; en 1910, la Ley de Defensa Social, N° 7029³⁷, completa esta sanción y da atribuciones al Poder Ejecutivo para deportarlo sin ninguna intervención judicial.

34 Cfr. Brisnikoff, Lucila. “Lineamientos generales de la cuestión migratoria en la Argentina: el derecho humano a migrar”, en *Revista Jurídica UCES* N° 18, Buenos Aires, 2014, p. 187.

35 Cfr. *Ibid.*, p. 187.

36 Publicada en el Boletín Oficial de la República Argentina, el 19 de octubre de 1876.

37 Publicada en el Boletín Oficial de la República Argentina, el 8 de julio de 1910.

Con posterioridad a esta Ley, principalmente a partir de 1960, se dictaron una serie de decretos y resoluciones donde se incluyen distinciones como la ilegalidad por ingreso y la ilegalidad por permanencia, especificando criterios de admisibilidad y fragmentando las categorías de permanencia (transito vecinal, fronterizo, transitorio, precario, temporario y permanente), complejizando los requisitos (más documentación personal con sellados varios y contrato de trabajo celebrado ante escribano público) y estableciendo inhabilidades (relativas a la capacidad laboral y a la capacidad de integración a la sociedad temporaria). Paralelamente a estas restricciones, que obstaculizan la regularización de la residencia de migrantes limítrofes, se observa la creciente delegación del poder policial en las instancias administrativas³⁸.

Llegamos finalmente al año 1981, cuando el entonces presidente de facto – general Jorge Rafael Videla– dicta la Ley General de Migraciones y del Fomento de la Inmigración, N° 22.439³⁹). A pesar de su pomposo y llamativo nombre, esta norma implementó el ejercicio de un control de permanencia de la inmigración en el país, con un rol casi pleno por parte del Poder Ejecutivo a través de la DNM, sin contar con la intervención del Poder Judicial ni con garantías de debido proceso para la persona migrante, colocándola en situación de vulneración social.

Esta norma partía de una concepción del extranjero en general y de las personas migrantes en particular, como una amenaza a la seguridad nacional. Es por ello que imponía restricciones para el ingreso y admisión; además, supeditaba sus derechos a

38 Cfr. Pacecca, María Inés y Courtis, Corina. “Inmigración contemporánea en Argentina: dinámicas y políticas”, CEPAL-CELADE, *Serie: Población y Desarrollo*, N° 84, pp. 41 y 42, citado por Brisnikoff, Lucila. “Lineamientos generales de la cuestión migratoria”, p. 188.

39 Publicada en el Boletín Oficial de la República Argentina el 27 de marzo de 1981.

su situación migratoria. Asimismo, otorgaba amplios márgenes de discrecionalidad a las autoridades migratorias para disponer la expulsión de personas. Eso produjo que un gran número de migrantes se instalaran en el país sin una residencia formal y se multiplicaran los mecanismos de persecución por parte de las distintas agencias gubernamentales.

Como lo señaló el informe elaborado por el Centro de Derechos Humanos de la Universidad Nacional de Lanús y el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), al permanecer en situación migratoria irregular las personas migrantes veían restringido el acceso a diversos derechos humanos en razón de las desigualdades que preveía la propia normativa. El derecho a la salud por ejemplo, sin negarse expresamente, en caso de migrantes sin residencia regular en general se limitaba a la atención sanitaria de emergencia. De igual modo, el acceso a la educación de niños y niñas migrantes sin residencia regular se limitaba al nivel de educación primaria; para estudios secundarios, terciarios o universitarios se exigía tener una residencia legal en el país (artículo 102 de la Ley 22.439). Estos derechos a la salud y a la educación, se veían aún más restringidos que otros fundamentalmente por dos circunstancias.

En primer lugar, porque le imponía a los empleados y funcionarios públicos –con especial énfasis en el ámbito de la salud– la obligación de actuar como agentes de control migratorio: debían solicitar el Documento Nacional de Identidad argentino y, en caso de irregularidad, denunciar a la persona ante la DNM; a raíz de estas denuncias se iniciaban procedimientos de expulsión. En segundo término, la irregularidad migratoria de los padres impactaba en el acceso a la educación de sus hijos e hijas; incluso en aquellos casos en que, por haber nacido en el país, tuvieran nacionalidad argentina. Con el argumento

de la irregularidad migratoria de sus padres, en ocasiones se restringía el ingreso a la educación a niños y niñas o se impedía su continuidad una vez habían ingresado ya al sistema⁴⁰.

En cuanto al procedimiento de expulsión, establecido en los artículos 37 a 41, implicaba la prohibición de reingresar al país de manera permanente; en el caso de incumplir con tal orden administrativa el artículo 46 preveía una pena de prisión de tres meses a un año, con la posibilidad de agravarse. Los distintos tipos de migrantes resultaban pasibles de ser expulsados, tanto por una irregularidad administrativa como por contar con una causa penal. La normativa no preveía la posibilidad de acceder a un recurso judicial luego de agotar la vía administrativa, ni el derecho de ser oído y contar con asistencia jurídica⁴¹. Más aún, se asignaba al Poder Ejecutivo la facultad de decretar la expulsión y disponer la detención del migrante, sin intervención alguna de la justicia (artículos 39 y 40).

La Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires, en 2001 describía diversos problemas en la tramitación de la residencia ante la DNM: la exigencia de requisitos no incluidos en la legislación migratoria, así como de documentación y certificaciones costosas; las “inhabilidades” migratorias establecidas por vía reglamentaria; la falta de información y asistencia jurídica al migrante; las excesivas e injustificadas demoras en la tramitación de los expedientes; la exigencia de producción de pruebas imposibles; la ausencia de un sistema de exención del pago de tasas migratorias; la falta de información sobre los recursos administrativos; la ausencia de notificación

40 Cfr. Centro de Derechos Humanos de la Universidad Nacional de Lanús y Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia. *Niñez, migraciones y derechos humanos en Argentina. Estudio a 10 años de la Ley de Migraciones*, Buenos Aires, 2013, pp.

41 Cfr. Brisnikoff, Lucila. “Lineamientos generales...”, p. 189.

fehaciente; la exigencia de una tasa para la interposición de recursos de reconsideración; y detenciones y expulsiones sin mediar control judicial alguno. Esas eran algunas de las arbitrariedades que por fuera de toda legalidad y con base a una práctica administrativa sistematizada, que funcionaban como mecanismos que reducían a las personas a meros objetos de un procedimiento burocrático que las excluía como sujetos de derecho, mermando sus posibilidades de defenderse frente a las decisiones que recaían sobre ellos⁴².

IV. La sanción de la Ley nacional de migraciones y su reglamentación

Luego de mucha discusión en los ámbitos académicos y de la sociedad civil, junto a un sinnúmero de acciones judiciales con resultados dispares tanto en el ámbito nacional como interamericano⁴³, finalmente –en diciembre de 2003– el Congreso Nacional aprobó la mencionada Ley de Nacional de Migraciones, N° 25.871, la cual entró en vigencia a partir de su publicación el 21 de enero de 2004 y fue reglamentada mediante Decreto PEN N° 616/2010⁴⁴.

En el debate parlamentario en el Senado de la Nación quedó expresado claramente que el objetivo de la ley y, en consecuencia, de la política migratoria que allí se establece es la

42 *Cfr.* Resolución N° 2840/01 de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires.

43 CIDH. *Juan Carlos De la Torre*. Argentina, Informe N° 85/11, Petición N° 12.306, solución amistosa, 21 de julio de 2011.

44 PEN: Poder Ejecutivo Nacional. Publicado en el Boletín Oficial de la República Argentina el 6 de mayo de 2010.

“integración de los extranjeros en un plano de igualdad con los nacionales y la eliminación de toda forma de discriminación, racismo y xenofobia. En el artículo 4° se establece que el derecho a la migración es esencial e inalienable de las personas y la República Argentina lo garantiza sobre la base de los principios de la igualdad y diversidad. Y así sucesivamente los distintos artículos vienen a conformar una ley que sustituiría a otra de la dictadura. La última ley que se dictó en la Argentina sobre las migraciones es del año 1981, durante la dictadura militar. Y la ley de un gobierno constitucional civil anterior fue de 1876, en tiempos de Avellaneda. Es decir, con esta nueva legislación nos ponemos a tono con estas demandas que tienden a elaborar una política poblacional en la Argentina, a destruir mitos, xenofobias y prejuicios. La Argentina necesita cubrir sus espacios vacíos. Y esta ley de alguna manera trata de lograrlo”⁴⁵.

Estos objetivos quedaron plasmados en el artículo 3 de la nueva norma que, en lo que acá interesa, establece: a) dar cumplimiento a los compromisos internacionales de la República en materia de derechos humanos, integración y movilidad de los migrantes; b) garantizar el ejercicio del derecho a la reunificación familiar; c) promover la integración en la sociedad argentina de las personas que hayan sido admitidas como residentes permanentes; d) asegurar a toda persona que solicite ser admitida en la República Argentina de manera permanente o temporaria, el goce de criterios y procedimientos de admisión no discriminatorios en términos de los derechos y garantías establecidos por la Constitución Nacional, los tratados internacionales, los convenios bilaterales vigentes y las leyes; y e) promover y difundir las obligaciones, derechos y garantías de los migrantes, conforme a lo establecido en la Constitución Nacional, los compromisos internacionales y las leyes, manteniendo en alto su tradición humanitaria y abierta con relación a los migrantes y sus familias.

45 Intervención del senador Antonio Francisco Cafiero. 41° reunión, 21° sesión ordinaria, Cámara de Senadores de la Nación, versión taquigráfica, 17 de diciembre de 2003, p. 67.

La Ley reafirma también ciertos principios constitucionales y supranacionales, como el carácter “esencial e inalienable” del derecho a la migración y el deber del Estado argentino de garantizarlo sobre la base de los “principios de igualdad y universalidad” (artículo 4); el acceso igualitario a los inmigrantes y sus familias en las mismas condiciones de protección, amparo y derechos de los que gozan los nacionales, en particular lo referido a servicios sociales, bienes públicos, salud, educación, justicia, trabajo, empleo y seguridad social (artículo 6); y el reconocimiento de los derechos a la educación y a la salud para todas las personas, prohibiendo expresamente su negación o restricción por cualquier irregularidad migratoria (artículos 7 y 8).

En el marco procesal de control migratorio, detención y expulsión de migrantes, la norma prevé disposiciones que aseguran las garantías de debido proceso, en especial en materia de expulsión.

La norma prevé, en sus artículos 74 y siguientes, una instancia de revisión administrativa y judicial cuando: a) se deniegue la autorización o la permanencia de un extranjero; b) se cancele la autorización de residencia permanente, temporaria o transitoria; c) se conmine a un extranjero a hacer abandono del país o se decrete su expulsión; y d) se resuelva la aplicación de multas y cauciones o su ejecución. Asimismo, establece que la interposición de recursos administrativos o judiciales suspenderá la ejecución de la medida dictada, hasta tanto la misma quede firme (artículos 82).

El artículo 86 garantiza el derecho de defensa del migrante, al determinar que:

“Los extranjeros que se encuentren en territorio nacional y que carezcan de medios económicos, tendrán derecho a asistencia jurídica gratuita en aquellos procedimientos

administrativos y judiciales que puedan llevar a la denegación de su entrada, al retorno a su país de origen o a la expulsión del territorio argentino. Además, tendrán derecho a la asistencia de intérprete/s si no comprenden o hablan el idioma oficial. Las reglamentaciones a la presente, que en su caso se dicten, deberán resguardar el ejercicio del Derecho Constitucional de defensa”.

La reglamentación de la Ley, efectuada mediante Decreto PEN N° 616/2010, profundizó la garantía legal al establecer lo siguiente: “La DIRECCIÓN NACIONAL DE MIGRACIONES, ante el planteo que efectúe un extranjero, dará inmediata intervención al MINISTERIO PÚBLICO DE LA DEFENSA, disponiendo la suspensión de cualquier trámite y de los plazos en curso en las actuaciones administrativas, hasta que el referido Ministerio tome intervención o el interesado reciba la asistencia jurídica necesaria para la salvaguarda de sus intereses”.

Finalmente, en materia de retención, la Ley establece que dicha medida cautelar debe ser requerida por el órgano administrativo al juez competente, una vez que se encuentre firme y consentida la expulsión del extranjero (artículo 70).

V. Asistencia jurídica a las personas migrantes

El cambio de paradigma respecto del tratamiento de las personas migrantes fijado en la nueva normativa, impulsaron iniciativas en el Ministerio Público de la Defensa de la Nación. En 2008, a través de la Resolución N° 1858/08, se creó en el ámbito de la Defensoría General de la Nación (en adelante, DGN) la Comisión del Migrante (en adelante, CM), con el objeto de dar respuesta a las problemáticas de esta población; principalmente, aquellas relacionadas con el trámite de expulsión de las personas condenadas, el acceso a un intérprete o traductor, y brindar

asesoramiento en la materia para prevenir situaciones de conflicto con la ley. Ello, basado en los principios del derecho internacional de los derechos humanos, que ha reconocido el derecho de los migrantes a la más amplia protección en pos de evitar todo tipo de discriminación, marginación y vulneración.

Con motivo de la intervención obligatoria del Ministerio Público, dispuesta en el Decreto reglamentario de la nueva norma, la DGN estructuró un sistema de defensa en sede administrativa ante la DNM y judicial ante la justicia federal, donde distribuyó dicha competencia entre la CM y las defensorías públicas oficiales que actúan ante la justicia federal⁴⁶.

Desde el 2008 –cuando se estableció– hasta diciembre de 2016, la CM asistió a un total de 5,181 migrantes; mientras, la Defensoría Pública Oficial que interviene el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, representó a 601 migrantes en los procesos judiciales de impugnación de las órdenes de expulsión y/o retención⁴⁷.

A pesar de contar con un nuevo marco normativo y reglamentario protectorio de los derechos de las personas migrantes, conforme los estándares interamericanos, con el correr del tiempo se fueron observando y denunciando una serie de vacíos legales e interpretaciones, tanto en aspectos procesales como referidos a los propios objetivos de la ley, que resultan restrictivos y vulneran los derechos al acceso a la justicia y al debido proceso de este colectivo de personas vulnerables.

46 Las opiniones consultivas 16/99 y 18/03 de la Corte IDH, fueron el fundamento para el dictado de las resoluciones DGN N° 1336/10, 569/11 y 1246/14.

47 Datos aportados por la CM y por la Defensoría Pública Oficial ante los juzgados federales de Ejecuciones Fiscales Tributarias, en virtud de la competencia asignada por las Resoluciones DGN N° 1336/10, 569/11 y 1246/14, para la elaboración del Informe anual 2016 del Ministerio Público de la Defensa de la Nación en proceso de elaboración.

Muchas de estas cuestiones fueron resueltas jurisprudencialmente y otras se encuentran en estudio por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante, CSJN). A continuación, se incluye una reseña de los principales cuestionamientos efectuados en materia de acceso a la justicia y del derecho de defensa de los migrantes.

1. Alcance limitado de la revisión judicial de las decisiones administrativas de expulsión

Una de las primeras cuestiones procesales que se objetó judicialmente fue el alcance de la revisión jurisdiccional contemplada en el artículo 84 de la Ley de Migraciones, que establece lo siguiente: “Agotada la vía administrativa a través de los Recursos de Reconsideración, Jerárquico o Alzada, queda expedita la vía recursiva judicial. El plazo para la interposición del respectivo recurso, será de treinta (30) días hábiles a contar desde la notificación fehaciente al interesado”.

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (en adelante, CNACAF) consideró –sin señalar norma alguna que expresamente vedara la apelación– que el remedio judicial previsto en la referida Ley 25.871 permitía la revisión de lo actuado en sede administrativa en una única instancia jurisdiccional, que se agotaba con la intervención de los Juzgados Nacionales de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo o de los Juzgados Federales del Interior. En ese sentido, aclaró que el término “recurso” revelaba la voluntad del legislador de establecer un sistema de revisión judicial abreviado, limitado a la intervención del Juzgado de Primera Instancia, con exclusión de la competencia revisora atribuida a la Cámara Federal de Apelaciones del Fuero.

La CSJN, a instancia de la defensa pública, dictó sentencia en el caso “Ojeda Hernández”, donde determinó la apelabilidad de la sentencia que controla los actos de la administración pública. Para fundamentar su decisión, el alto tribunal sostuvo que

“el régimen normativo de que se trata solo prevé el criterio de inapelabilidad del fallo de primera instancia –en términos expresos e inequívocos para el supuesto de la resolución que decida un pedido de pronto despacho ante la mora de la administración (art. 85, primer párrafo, *in fine*). En cambio, el ordenamiento no contiene una norma expresamente restrictiva que impida a la cámara conocer, como natural tribunal de alzada, respecto de las sentencias definitivas dictadas por los jueces de primera instancia que llevan a cabo originariamente el control judicial sobre los actos jurisdiccionales cumplidos por la administración en el marco del citado ordenamiento (art. 84) [...] al resolver como lo hizo, la cámara interviniente confirió a las disposiciones de la mentada ley una interpretación que es constitucionalmente insostenible, pues es fruto de una inteligencia del texto normativo que importaría la inconsecuencia o imprevisión del legislador, que no cabe suponer según el conocido principio interpretativo reconocido por esta Corte (Fallos: 330:1910 y sus citas). Además de que desvirtúa y vuelve inoperante la facultad reconocida, en el citado art. 242, a todo sujeto procesal que litiga en condición de parte, de apelar por ante la segunda instancia ordinaria el fallo definitivo dictado por el juez de grado, defecto hermenéutico que equivale a haber decidido en contra o con prescindencia de los términos del texto normativo”.

La CSJN aprovechó la oportunidad para indicar que “los defectos del pronunciamiento que canceló arbitrariamente la apertura de la jurisdicción apelada de la cámara afectan de modo directo e inmediato la garantía constitucional de defensa en juicio

que asiste al recurrente (art. 15 de la ley 48), en la medida en que si bien la doble instancia en procesos como el presente no tiene raigambre constitucional, adquiere esa condición cuando las leyes específicamente la establecen (Fallos: 310:1424; 313:1267; 315:698 y 322:3241)”⁴⁸.

2. Representación de las personas migrantes en sede judicial

Una situación que se plantea habitualmente al momento de interponer la acción de revisión judicial prevista en el artículo 84 de la Ley de Migraciones, es la incomparecencia del migrante y la imposibilidad de dar con su paradero; por ello, a efectos de evitar el vencimiento del plazo con la consiguiente preclusión de la etapa procesal, en diversas ocasiones el defensor público oficial interpone la acción sin la firma de la persona migrante asistida, lo cual es cuestionado por la DNM en el momento procesal de su intervención.

Cabe recordar que la Ley de Migraciones, N° 25.871, en su artículo 86 determina: “Los extranjeros que se encuentren en territorio nacional y que carezcan de medios económicos, tendrán derecho a asistencia jurídica gratuita en aquellos procedimientos administrativos y judiciales que puedan llevar a la denegación de su entrada, al retorno a su país de origen o a la expulsión del territorio argentino”. Dicha función se asigna al Ministerio Público de la Defensa (Decreto N° 616/2010).

En otro orden, la reciente Ley Orgánica del Ministerio Público de la Defensa, N° 27.149⁴⁹, en su artículo 42, incisos a) y e),

⁴⁸ CSJN. *Ojeda Hernández, Luis Alberto - Causa N° 2739/12 (O.133 XLVIII)*, sentencia del 10 de julio de 2014.

⁴⁹ Publicada en el Boletín Oficial, el 18 de agosto del 2015.

establece entre los deberes y las atribuciones de los defensores públicos oficiales el ejercicio del patrocinio y la representación “en juicio como actor o demandado, en los distintos fueros, de quien invoque y justifique limitación de recursos para afrontar los gastos del proceso, situación de vulnerabilidad o cuando estuviere ausente y fuere citado por edictos”, así como arbitrar “los medios para hallar al demandado ausente”.

Puede observarse que conforme la normativa citada, el delegado del Ministerio Público de Defensa se encuentra obligado a ejercer la defensa y la representación de quienes se encuentren ausentes; también debe arbitrar los medios para hallar a los demandados ausentes. Es por ello que la CNACAF, en reiteradas oportunidades ha rechazado la objeción procesal planteada por el Estado.

En tal sentido, este tribunal ha expresado que negarle validez a dichas presentaciones implicaría un excesivo rigor formal que traería como consecuencia un agravio al derecho de defensa, toda vez que se impediría el acceso a un proceso judicial provocando una violación de la garantía del debido proceso legal, consagrada tanto en la Constitución nacional como en los instrumentos internacionales con igual jerarquía (artículo 75 inc. 22 de la CN). Ello es así,

“máxime cuando la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo que se vulnera el derecho a las garantías y a la protección judicial por el riesgo de la persona a ser deportada o privada de su libertad cuando acude a las instancias administrativas o judiciales, y por la negativa de la prestación de un servicio público y gratuito de defensa legal a su favor, se le impide que se hagan valer los derechos en juicio, siendo un deber del Estado garantizar que el acceso a la justicia sea efectivo, no sólo formal sino real (cfr. Corte IDH, OC-18/03,

párr. 126). En el sub lite, si bien el Estado ha arbitrado los medios para que el migrante cuente con asistencia legal, la incorrecta forma de presentación procesal y el excesivo rigorismo formal que se advierte en la resolución apelada traería como consecuencia la frustración de un derecho humano de las personas migrantes”⁵⁰.

3. Violación al derecho de defensa, de ser oído y del debido proceso

La falta de información clara sobre el derecho a la asistencia letrada gratuita en la instancia administrativa (artículo 86 Ley de Migraciones y Decreto reglamentario), conlleva la vulneración del derecho de defensa y del debido proceso. La información proporcionada por la DNM en la notificación de la orden de expulsión, no resulta comprensible por aquellas personas que desconocen el articulado legal y no informa sobre la posibilidad de intervención del Ministerio Público de la Defensa.

En este sentido, se objetó el alcance limitado concedido por la DNM a los recursos contra órdenes de expulsión interpuestos extemporáneamente por los migrantes. En estos casos, el órgano administrativo migratorio tramita dichos recursos como denuncias de ilegitimidad cuya consecuencia inmediata es la imposibilidad de revisar judicialmente la decisión que allí se adopte, por no encontrarse habilitada la instancia conforme lo establece la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos N° 19.549.

50 CNACAF. *Diop Matar, Elhadji c/ EN – M. Interior – DNM s/ Recurso directo DNM*, Sala V, expediente N° 30.016/2014, sentencia del 31 de marzo de 2016; y CNACAF. *Chein Alvarado, Errol James c/ EN – M. Interior – DNM s/ Recurso directo DNM*, Sala I, expediente N° 8173/2014, sentencia del 13 de septiembre del 2016.

Se encuentran a estudio de la CSJN, entre otros, el caso “Peralta Valiente”⁵¹ en el cual el procurador fiscal ante el alto tribunal ha dictaminado que “al interpretar el alcance de los requisitos de la habilitación de la instancia judicial para revisar la legalidad y la razonabilidad de actos administrativos en materia migratoria, por las especiales características de los derechos fundamentales en juego, debe partirse de la adecuada ponderación de las exigencias particulares que imponen las garantías constitucionales de debido proceso y protección judicial en este ámbito (arts. 18 y 75, inc. 22, Constitución Nacional y, en especial, arts. 8 y 25, Convención Americana sobre Derechos Humanos)”.

En cuanto al control judicial de los procedimientos de expulsión de migrantes, el procurador fiscal recuerda que

“la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a cuya jurisprudencia cabe acudir con el objeto de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado argentino en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos (Fallos: 333: 1657, ‘Videla Jorge’, considerando 8 y su cita), ha reafirmado el derecho de toda persona a recurrir todas las decisiones finales que se adopten en el marco de procesos migratorios, especialmente aquellas que ordenen la expulsión

51 “Peralta Valiente, Mario Raúl c/ EN -M Interior - DNM si Recurso Directo DNM”, Expte. N° CAF 38158/2013/2/RHI, dictamen de fecha 26/4/2016. Ver asimismo “Taboada Ortiz, Víctor c/ EN - M Interior -DNM- Disp 699/12 s/ Recurso Directo DNM”, Expte. N° CAF 1004/2013/1/RHI, dictamen de fecha 18/5/2016; “Torres Miraval, Rolando Francisco c/ EN - M Interior - DNM s/ Recurso Directo DNM”, Expte. N° CAF 37375/2013/2/RHI, dictamen de fecha 27/6/2016; “Mabuza Moses / Estado Nacional – DNM – Disp. 578/12 (Expte. 149957/10) s/ Recurso directo DNM”, Expte. N° CAF 22786/2012/1/RHI, dictamen de fecha 6/9/2016; “Flores Burga, Raúl Eduardo c/ Estado Nacional – Ministerio del Interior - Disp 926/11 (expte. 2399594/07) s/ Recurso directo para juzgados”, Expte. N° CAF 16728/2011/CA2, dictamen de fecha 3/10/2016. Disponibles en <http://www.mpf.gob.ar/#buscador> (acceso 27/10/2017).

o denieguen un permiso de ingreso o permanencia. Destacó que ‘en caso de que la decisión fuera adoptada por la autoridad administrativa, la revisión por parte de un juez o tribunal es un requisito fundamental para garantizar un adecuado control y escrutinio de los actos de la administración que afectan los derechos fundamentales’ (Opinión Consultiva OC-21114, 19 de agosto de 2014, párrafo 140; ‘Caso Nadege Dorzema y otros v. República Dominicana’, sentencia de 24 de octubre de 2012, párrafo 175; ‘Caso Familia Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional de Bolivia’, sentencia del 25 de noviembre de 2013, párrafo 133)”.

Y agrega que

“al realizar el control de actos de esa naturaleza, sin perjuicio de que la fijación de plazos para la interposición de recursos administrativos favorece la seguridad jurídica y la estabilidad de las decisiones de los organismos públicos, el juez debe verificar con especial cuidado si la autoridad migratoria ha dado estricto cumplimiento a las garantías mínimas que requiere un procedimiento de esta índole, antes de limitar el alcance de la revisión judicial. Al respecto, la Corte Suprema ha sostenido que el artículo 8, inciso 1, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, consagra el derecho a ser oído con las debidas garantías y que el carácter administrativo del procedimiento no puede erigirse como óbice para la aplicación de los citados principios, pues en el Estado de Derecho toda actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal, en tanto ‘es un derecho humano el obtener todas las garantías que permitan alcanzar soluciones justas, no estando la administración excluida de cumplir con ese deber’ (Fallos: 335:1126, ‘Losicer’, y sus citas)”.

Sobre el contenido de la garantía del debido proceso en la esfera de los procedimientos migratorios,

“la Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció que ‘en ciertos casos en que las autoridades migratorias toman decisiones que afectan derechos fundamentales, como la libertad personal, en procedimientos tales como los que puedan desembocar en la expulsión o deportación de extranjeros, el Estado no puede dictar actos administrativos o judiciales sancionatorios sin respetar determinadas garantías mínimas, cuyo contenido es sustancialmente coincidente con las establecidas en el numeral 2 del artículo 8 de la Convención y son aplicables en lo que corresponda. En este sentido, coinciden órganos internacionales de protección de los derechos humanos’ (‘Caso Familia Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional de Bolivia’, sentencia del 25 de noviembre de 2013, párr. 132; en igual sentido, Opinión Consultiva OC-21114, párr. 112; Fallos: 330:4554, ‘Zhang’, considerando 8°). A su vez, puntualizó que, como consecuencia del desequilibrio procesal en el que se encuentra el migrante ante la autoridad migratoria para desarrollar una defensa adecuada de sus intereses, deben reforzarse ciertas garantías básicas de defensa en juicio (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-16/99, 1 de octubre de 1999, párr. 119; en sentido coincidente, en sentido similar Acordada CSJN 5/2009 del 24 de febrero de 2009, Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condiciones de Vulnerabilidad, capítulo 1, sección 2da, apartado 6)”.

En su dictamen, el procurador fiscal analiza el alcance del derecho a ser oído a la luz de la jurisprudencia nacional e interamericana. Señala que en particular,

“en el marco de un proceso administrativo disciplinario, la Corte Suprema ha señalado que es indispensable que el particular haya sido notificado en sede administrativa de la existencia de las actuaciones iniciadas en su contra y se le brinde la oportunidad de ser oído (dictamen de la Procuración General de la Nación al que remitió la Corte en el precedente registrado en Fallos: 324:3593, ‘Castro Veneroso’, entre otros). Ese derecho a ser oído, conforme lo prevé el artículo 1, inciso f, apartado 1, de la ley 19.549, comprende la posibilidad de hacerse patrocinar y representar profesionalmente en sede administrativa, representación que debe ser letrada cuando se debaten cuestiones jurídicas. Específicamente en materia migratoria, el derecho a ser oído se encuentra consagrado en el artículo 86 de la ley 25.871[...] En relación con la garantía de defensa en juicio y la asistencia letrada, la Corte Interamericana de Derechos Humanos precisó que el derecho a la defensa obliga al Estado a tratar al individuo en todo momento como un verdadero sujeto del proceso y no simplemente como objeto del mismo, y que los literales d y e del artículo 8.2 establecen el derecho de ser asistido por un defensor. Además, ha señalado que ‘las circunstancias de un procedimiento particular, su significación, su carácter y su contexto en un sistema legal particular, son factores que fundamentan la determinación de si la representación legal es o no necesaria para el debido proceso’ (...) [y] que, en procedimientos administrativos o judiciales en los cuales se pueda adoptar una decisión que implique la deportación, expulsión o privación de libertad, la prestación de un servicio público gratuito de defensa legal a favor de éstas es necesaria para evitar la vulneración del derecho a las garantías del debido proceso’. (‘Caso Vélez Loor vs. Panamá’ cit., párrafos 145 y 146)”.

De este modo, concluye que “la falta de la efectiva asistencia jurídica legalmente prevista implicó que el recurrente quedara

expuesto a una situación de indefensión que la ley especial trata de evitar en una materia tan delicada como la migratoria, en función de los derechos fundamentales comprometidos”.

4. Dictados de órdenes de retención sin observar el carácter suspensivo del recurso contra la orden de expulsión establecido en la norma

La Ley de Migraciones prevé un régimen de recursos, tanto administrativos como judiciales, cuando se deniegue la admisión o la permanencia de un extranjero; se cancele la autorización de reincidencia permanente, temporaria o transitoria; se conmine a un extranjero a hacer abandono del país o se decrete su expulsión; y se resuelva la aplicación de multas y cauciones o su ejecución (artículo 74).

A efectos de evitar que la resolución del recurso por parte de la administración o de la justicia se torne abstracta por extemporánea, la norma establece claramente en su artículo 82 que: “La interposición de recursos, administrativos o judiciales, en los casos previstos en el artículo 74, suspenderá la ejecución de la medida dictada hasta tanto la misma quede firme”.

Es por ello que, para solicitar a la autoridad judicial competente que ordene la retención de un extranjero, se exige que la orden de expulsión dictada por el órgano administrativo se encuentre “firme y consentida” (artículo 70, primer párrafo); ello significa que deben haberse resuelto todos los planteos y recursos, tanto administrativos como judiciales, que se hubiesen interpuesto. Solo en casos excepcionales y “cuando las características del caso lo justificare”, la DNM podrá solicitar a la justicia la retención del extranjero cuando la orden de expulsión no se encuentre firme (artículo 70, segundo párrafo).

Como puede observarse, existen dos procesos paralelos diferenciados: por un lado, tramita la orden de expulsión y los recursos administrativos y judiciales que se interpongan contra esta; y por otro, el requerimiento de retención formulado a la autoridad judicial. Esta duplicidad procesal permite que, en reiteradas ocasiones, la DNM requiera a la justicia el dictado de una orden de retención sin advertir al juzgador la existencia de recursos administrativos o judiciales pendientes de resolución. Tampoco se observa, en estas actuaciones, que las autoridades judiciales certifiquen la inexistencia de otros expedientes donde tramiten impugnaciones o recursos a dicha orden de expulsión.

En virtud de esta desinteligencia del sistema, es que en la mayoría de los casos –por no afirmar que en su totalidad– es el propio extranjero o su defensa quien pone en conocimiento del juez que dicta la orden de retención, la existencia del trámite recursivo con su correspondiente efecto suspensivo. Lo que agrava el cuadro de situación es que, en reiteradas ocasiones, el migrante toma conocimiento de la orden emitida por el juez cuando es efectivamente retenido a pesar de no encontrarse firme la orden de expulsión, lo cual vulnera su derecho a transitar el derrotero del trámite recursivo en libertad.

Son muchos los planteos judiciales que se han efectuado al respecto, que llevaron a que tres de las cinco salas de la CNACAF fallaran suspendiendo la orden de retención por entender que los recursos administrativos –incluso los interpuestos extemporáneamente (denuncia de ilegitimidad)– y los recursos judiciales suspenden las órdenes de expulsión hasta tanto se dicte sentencia firme.

En la CSJN se encuentra a estudio el caso “Peralta Valiente”, en el cual ha dictaminado el procurador fiscal ante el alto tribunal en igual sentido que la CNACAF, sosteniendo que

“Ante todo, corresponde señalar que el artículo 82 de la ley 25.871 dispone que la interposición de recursos, administrativos o judiciales, en los casos previstos en el artículo 74, tiene por efecto directo la suspensión de la ejecución de la medida dictada hasta tanto la misma quede firme. En ese contexto, cabe recordar que ‘la circunstancia de que se encuentre por ante el Máximo Tribunal el recurso de queja por apelación extraordinaria denegada, aun cuando éste se halle suspendido, impide considerar que se encuentre firme la decisión cuestionada en aquella oportunidad’ (apartado III del dictamen del Procurador Fiscal ante la Corte, al que remitió la Corte en Fallos: 330:4103, ‘García’). El citado dictamen explicó, en aquél (sic) caso, que la adjudicación del carácter firme al pronunciamiento impugnado sólo se alcanza una vez que se arriba a la decisión final de la causa, esto es, con la actuación de la Corte Suprema (Fallos: 330:4103, ‘García’, cit.)”⁵².

5. Omisión de considerar el derecho a la reunificación familiar

La práctica de expulsiones o deportaciones de personas con vínculos familiares en el país de destino, es una de las situaciones que plantea con mayor claridad la tensión entre el poder soberano para determinar quiénes pueden ingresar o permanecer en su territorio, y las obligaciones de los Estados a proteger a la familia y a la niñez. La protección del derecho a la vida familiar y del interés superior del niño y la niña requieren de los Estados la realización de un balance entre el ejercicio de las potestades antes mencionadas, con el derecho a respetar y proteger la vida familiar; en particular, en las situaciones en que los

52 *EN -DNM- Disp. 40387/07 (expte. 198258/88) en Peralta Valiente Mario Raúl s/ recurso directo para juzgados*, expediente N° 8965/2008/2/RH2, dictamen del 26/4/2016.

procedimientos de expulsión o deportación pueden representar una injerencia arbitraria al respecto de la vida familiar y al interés superior del niño y la niña⁵³.

Se destaca la necesidad de garantizar la primacía del instituto de la reunificación familiar en un sentido amplio y no formalista, de modo de hacer efectiva la dispensa prevista en la propia Ley de Migraciones.

En el párrafo final del artículo 29 de la misma se establece que la DNM, “previa intervención del Ministerio del Interior, podrá admitir, excepcionalmente, por razones humanitarias o de reunificación familiar, en el país den las categorías de residentes permanentes o temporarios, mediante resolución fundada en cada caso particular, a los extranjeros comprendidos en el presente artículo”.

Así, en diversos casos se insistió en la necesidad de valorar los preceptos contenidos en la Convención sobre los Derechos del Niño, para evitar la desmembración familiar y garantizar el principio de no separación del niño y la niña de sus padres, en contra de su voluntad.

Recientemente, la CNACAF falló en los casos “Barrios Rojas”, “Da Vitoria” y “Céspedes Cruz”, donde por primera vez aborda el derecho a la reunificación familiar en procesos que pudieran culminar con la expulsión de extranjeros, expidiéndose en forma favorable a la pretensión de la actora.

En ese sentido, el tribunal entendió que en estos procesos de expulsión debe realizarse un test de razonabilidad de la medida dispuesta valorando para ello la fecha de llegada del migrante al país, el tiempo transcurrido desde la actividad delictiva, su reinserción en la sociedad a través del trabajo y la constitución de su grupo familiar, entre otros factores. Finalmente, una vez

53 *Cfr. CIDH. Movilidad humana. Estándares interamericanos*, párr. 346.

efectuado dicho test de razonabilidad entre el derecho humano a la unidad familiar con la norma que ordena la expulsión del país a quien ha cometido un delito, la CNACAF entendió y de ese modo falló –previo dictamen favorable del fiscal general– que no resultaba razonable la solución adoptada por la autoridad administrativa y en consecuencia revocó la sentencia de la instancia anterior, anulando la resolución del Ministerio del Interior que declaró irregular la permanencia y ordenó la expulsión de la actora del país⁵⁴.

Asimismo, el tribunal aclaró que “el término ‘podrá’ expresado en la norma; respecto de la autoridad administrativa debe entenderse como una facultad discrecional sin que se pueda asimilar discrecionalidad a irrazonabilidad. En otras palabras, lo discrecional debe ser razonable, y en el caso de autos, no lo es”⁵⁵.

6. Falta de motivación suficiente en los actos administrativos que disponen la expulsión del extranjero

Como se señaló en el punto anterior, la Ley de Migraciones –en su artículo 29, *in fine*– faculta a la autoridad administrativa

54 CNACAF, Sala I. *Céspedes Cruz Raquel c/ EN – M. Interior - Resol 715-11-DNM (Expte 808848/08) s/ Recurso directo para juzgados*, Expte. N° 43.01/2011, sentencia de fecha 1/9/2016. CNACAF, Sala V, *Barrios Rojas Zoyla Cristina c/ EN – DNM Resol 561/11 (Exp 2091169/06 (805462/95) y otro s/ Recurso directo para juzgados*, Sala V, Expte. N° 31968/2011, sentencia del 31 de marzo del 2015; y *Da Vitoria Rosicleia c/EN- DNM - Resol 1707 – (Expte. 215280/1998 y N° 211.489/00) s/ Recuso directo para juzgados*, Expte. N° 8075/2012, sentencia de fecha 10/3/2016. Juzgado Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal N° 8, *Benavides Aguilar Mabel Leidy C/EN – M° Interior- Resol 1072/11- DNM- Resol 87560/09 (Exp 242169/08) s/Recurso Directo DNM*, Expte N° 2728/12, sentencia dictada el 2/5/2016.

55 CNACAF. *Barrios Rojas*, Considerando X.

a hacer una excepción al impedimento de permanencia en el país por razones humanitarias o de reunificación familiar. En igual sentido, en el segundo párrafo del artículo 34 se establece lo siguiente: “Se podrá autorizar la entrada al país de los extranjeros que no reúnan los requisitos establecidos en la ley y su reglamentación, cuando existan razones excepcionales de índole humanitaria, interés público o cumplimiento de compromisos adquiridos por la Argentina”.

El término “podrá” incluido en dichos artículos debe entenderse como una facultad discrecional de la DNM, sin que pueda asimilarse discrecionalidad a irrazonabilidad. Al igual que sucede con la dispensa con fundamento en la reunificación familiar, la DNM debe exponer los argumentos por los cuales rechaza las peticiones basadas en razones humanitarias, de interés público u otras.

Así lo ha determinado la jurisprudencia en reiteradas oportunidades, al ponderar que los actos administrativos dictados por la administración presentaban vicios en su causa y motivación, cuando las decisiones adoptadas no se basaron en los hechos y antecedentes expuestos en las actuaciones administrativas ni en el derecho aplicable y, por ende, no se expresaron en forma concreta las razones que indujeron a la autoridad de aplicación para emitir esas decisiones⁵⁶.

La justicia ha sido enfática en este punto, al determinar que

“la dispensa prevista en el artículo 29, última parte, de la ley 25.871 ‘es una facultad propia y discrecional de la administración, derivada de la reconocida soberanía del Estado

56 Cfr. CNACAF. Sala I, “*Rodríguez Buela, Raúl c/ EN- M° Interior- DNM S/ Recurso Directo DNM*”, Expte. N° 22.428/2012, sentencia del 9/6/2016.

Nacional’, que –en términos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos– ‘debe ser efectuada de conformidad con las leyes reglamentarias de cada Estado’ y debe ser ‘compatible con las normas de protección de los derechos humanos establecidas en la Convención Americana’. Por tanto, la administración debe realizar un juicio de ponderación razonable entre los intereses involucrados (causa ‘Velito Castillo’, sentencia del 13 de noviembre de 2014). Desde esa perspectiva, la interpretación que propone la Dirección Nacional de Migraciones acerca del artículo 29 de la ley, sosteniendo que ‘la simple constatación de cualquiera de los impedimentos prescriptos en el art. 29 de la ley 25.871 es suficiente para rechazar la solicitud del beneficio de residencia de los extranjeros’ (fs. 268), desprovista de mayores consideraciones, es inconsistente y no resulta apta para refutar adecuadamente la sentencia apelada dado que se funda en una exégesis desnaturalizadora de la norma que no armoniza con los principios diseñados por la ley migratoria. Dicha postura prescinde de la posibilidad de otorgar la dispensa ministerial consagrada en la última parte de la norma, tornándola totalmente inoperante y, en definitiva, negando al extranjero un derecho que, aunque revista carácter excepcional, la propia ley reconoce⁵⁷.

En este aspecto debe recordarse que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) y el Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, a la hora de ponderar el derecho de una persona a permanecer en un Estado del que no es nacional con la facultad de un Estado a expulsarla, ha considerado los siguientes elementos: la edad que tenía el inmigrante no nacional cuando emigró al Estado recipiente; el tiempo de residencia en el país recipiente del inmigrante no nacional; los vínculos familiares del no nacional en el Estado recipiente; el alcance de las penurias que constituye

57 CNACAF. Sala I en autos “Céspedes Cruz Raquel c/ EN – M. Interior - Resolución 715-11-DNM (Expte. 808848/08) s/ Recurso directo para juzgados”, Expediente. N° 43.01/2011, sentencia de fecha 1/9/2016.

la deportación del no nacional para su familia en el Estado recipiente; las contribuciones sociales del no nacional; el alcance de los vínculos del no nacional en su país de origen; el carácter y severidad del delito o delitos cometidos por el no nacional; la edad del no nacional en el momento que cometió el delito; el período transcurrido desde que el no nacional tuvo actividad delincencial; pruebas de la rehabilitación del no nacional, con respecto a su actividad criminal; y los esfuerzos realizados por el no nacional para obtener la nacionalidad en el Estado recipiente⁵⁸.

7. Interpretación de las causas impeditivas del ingreso y permanencia de extranjeros fijadas en el artículo 29 de la Ley de Migraciones

a. Presunción de inocencia en el caso de presentación de documentación presuntamente falsa (artículo 29, inciso a)

La Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata, en el caso “Zhang, Peili”, resolvió revocar la sentencia de primera instancia, hacer lugar a la acción de amparo promovida y –en consecuencia– le otorgó la residencia permanente a la actora, por considerar que “el fundamento del rechazo no ostentaba entidad ni veracidad”⁵⁹.

58 *Berrehab vs. Países Bajos*, sentencia del 21/6/1988, N° 10730/84, párr. 23; TEDH. *Moustaquim vs. Bélgica*, sentencia del 19/2/1991, N° 12313/86; TEDH. *Nasri vs. Francia*, sentencia del 13/7/1995, N° 19465/92; TEDH. *Boughanemi vs. Francia*, sentencia del 24/4/1996, N° 22070/93, Rep. 1996-II, Fasc. 8, párr. 32; TEDH. *Bouchelkia vs. Francia*, sentencia del 1/1/1997, N° 230078/93; Comité de Derechos Humanos. *Stewart vs. Canadá*, N° 538/1993, párr. 12.10; Comité de Derechos Humanos. *Winata vs. Australia*, 16/8/2001, N° 930/00, entre otros, citado en CIDH. “Movilidad humana. Estándares interamericanos”, op. cit., párr. 364.

59 CFAMar del Plata, *Zhang Peili c/ Dirección Nacional de Migraciones s/ amparo ley 16.986*, Expediente N° FMP 081048271/2009, sentencia del 21 de septiembre

En el caso, la DNM había rechazado la solicitud de residencia permanente argumentando que la actora se encontraba comprendida en el impedimento establecido en el artículo 29, inciso a), de la Ley 25.871, por haber presentado documentación apócrifa; por ello canceló su residencia precaria, declaró irregular su permanencia en el país, ordenó su expulsión del territorio nacional y prohibió su reingreso por un plazo de ocho años. Sin embargo, del expediente administrativo surge que el ente correspondiente no tenía la certeza de que la documentación presentada por la actora fuera apócrifa, sino tan solo una mera presunción.

Llegado el caso a la CSJN se dispuso su remisión a la Procuración General de la Nación a efectos de que se sirviera emitir el respectivo dictamen, previo a la decisión del tribunal.

Así, el procurador fiscal ante la CSJN sostuvo que

“para tener por configurado el impedimento de permanencia previsto en el artículo 29, inciso a, se requiere la acreditación –en sede administrativa o judicial– del supuesto fáctico que habilita su aplicación y no basta la existencia de meras presunciones [...] Cabe resaltar que, al tratarse de un documento público emitido por las autoridades consulares, es el propio Estado quien tiene dominio de la información y la posibilidad de acreditar la falsedad o veracidad de la documentación. Este criterio en materia probatoria adquiere mayor relevancia en el ámbito del procedimiento migratorio que puede derivar en la expulsión de una persona del país, desde que se ponen en juego derechos fundamentales de la persona tales como el derecho a la circulación y residencia y el derecho a la libertad personal (arts. 14 y 20, Constitución Nacional; y 7 y 22, Convención Americana sobre Derechos Humanos)”.

El procurador fiscal recuerda que

“ya en 1967, la Corte Suprema ha sostenido, en el marco del rechazo de una solicitud de residencia permanente por configuración de un impedimento de permanencia, que para justificar una medida de tanta gravedad las decisiones administrativas no pueden basarse en meras afirmaciones o presunciones emanadas de datos poco concretos. Manifestó, además, que ‘el ejercicio de la atribución administrativa de permitir la radicación definitiva de extranjeros en el país no es absoluto y discrecional, al punto que pueda lesionar derechos amparados por la Constitución, y si ello ocurre es misión de los jueces acordar a esos derechos la tutela requerida por el interesado’ (Fallos: 268:393, considerando 60, ‘Argüello’)”.

Finalmente, concluye que

“la naturaleza de los derechos involucrados demanda que en procedimientos de esta índole deban respetarse las garantías del debido proceso, en especial, la presunción de inocencia (arts. 18, Constitución Nacional, y 8, inc. 2, Convención Americana sobre Derechos Humanos). A su vez, deben reforzarse ciertas garantías básicas de defensa en juicio como consecuencia del desequilibrio procesal en el que se encuentra el migrante ante la autoridad migratoria para desarrollar una defensa adecuada de sus intereses (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-16/99, 1 de octubre de 1999, párr. 119; acordada CSJN 5/2009 del 24 de febrero de 2009, Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condiciones de Vulnerabilidad, capítulo 1, sección 2da, apartado 6)”⁶⁰.

60 “Zhang, Peili c/ Dirección Nacional de Migraciones si amparo ley 16.986», Expediente. N° FMP 81048271/2009/CS1, dictamen de fecha 27/4/2016.

**b. Proporcionalidad de la pena o antecedente penal
(artículo 29 inc. c)**

El artículo 29 de la Ley N° 25.871 establece: “Serán causas impeditivas del ingreso y permanencia de extranjeros al Territorio Nacional: 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”.

Si bien la redacción del artículo parece clara a simple vista, la DNM y algunos tribunales federales realizan una interpretación literal y concluyen que el referido inciso regula un doble supuesto de extrañamiento por actividad delictiva. Por un lado, haber sido condenado o estar cumpliendo condena en Argentina o en el exterior, sin importar en este caso por qué monto o pena se haya verificado esa condena. Por el otro, tener antecedentes por los delitos allí referidos que merezcan para la legislación argentina una pena privativa de libertad de tres o más años; según este criterio, el legislador no ha establecido un piso mínimo de penalidades para quienes hubieran sido condenados en el país o en el exterior.

La CSJN, en el 2012 tuvo la oportunidad de resolver la cuestión en el caso “Granados Poma”⁶¹. Allí, el máximo tribunal hizo suyos los argumentos de la procuradora fiscal ante el mismo y, si bien rechazó la acción de amparo, realizó una interpretación del artículo 29, c). Así, luego de transcribir parcialmente el texto

61 CSJN. *Granados Poma, Héctor c/EN –DNM- Resol. 104.574/09 (Expte 2293077/07) s/amparo Ley 16.986, expte. N° G.206.XLVII.REX, sentencia del 28 de agosto de 2012. Dictamen PGN de fecha 23/3/2012. (PGN: Procurador General de la Nación).*

de esa norma al referirse a las causas impeditivas del ingreso y permanencia de extranjeros al territorio nacional, la procuradora fiscal destacó expresamente como impedimento aplicable al caso resuelto por la CSJN “haber sido condenado o estar cumpliendo condena, en la Argentina o en el exterior, [...] por delitos que merezca para la legislación argentina pena privativa de tres (3) años o más”.

En esta línea, entendió que el impedimento de permanencia en el país debía sustentarse en la condena por un delito de tres o más años de pena privativa de libertad. Ello así, por cuanto si fuera otra la interpretación propiciada directamente se habría transcrita la primera parte del artículo 29, c) de la Ley 25.871 –que señala “haber sido condenado o estar cumpliendo condena en la Argentina o en el exterior”– sin necesidad de agregar luego de los puntos suspensivos la exigencia de los tres años o más. Puede observarse, entonces, que el modo en que en el dictamen en cuestión se transcribe y divide el inciso, claramente fundamenta la interpretación de que el inciso c) de la Ley de Migraciones prevé un solo supuesto: el de los condenados y el de los antecedentes, requiriendo en ambos casos que se trate de delitos cuya pena sea de tres o más años.

En apoyo a esta interpretación se pueden esgrimir una serie de argumentos jurídicos que refuerzan y ratifican la conclusión señalada en el párrafo anterior⁶². En primer lugar, el hecho de que el legislador incluyó en un mismo supuesto los casos de condena y los antecedentes que según la reglamentación alcanza a la condena no firme y al procesamiento firme –artículo 29, primer

62 Los argumentos expuestos se encuentran plasmados en el recurso extraordinario federal interpuesto el 13 de agosto de 2015 por el defensor público oficial doctor Hernán de Llano en autos *Apaza León, Pedro Roberto c/ E.N. – D.N.M. – Disp. 2560/11- Exp. 39845/09 s/ recurso directo para juzgados*, folios 319 a 337 del expediente N° 46527/11.

párrafo del Decreto 616/2010– por lo que necesariamente debió fijar un parámetro general para todos los casos, tal como quedó plasmado en el texto sancionado.

Si según la interpretación que se critica alcanzara con la condena en Argentina sin distinción de pena, parecería entonces innecesaria la inclusión efectuada por el legislador como supuestos especiales de expulsión –entre otros– la condena por uso de documentación falsa del inciso g); la de haber sido condenado en 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 (artículo 29, inciso f); y la causal del inciso h) de haber sido condenado o tener antecedentes –en la Argentina o en el exterior– por haber promovido la prostitución, por lucrar con ella o por desarrollar actividades relacionadas con el tráfico o la explotación sexual de personas. Ello así por cuanto todos esos supuestos, en tanto implican condena o antecedente en suelo argentino por alguno de esos delitos, quedarían automáticamente incluidos en el inciso c).

Asimismo, la falta de conexión de la primera parte con el monto de la pena del final, eliminaría justamente el elemento que permite relacionar el término “condena” con un delito penal. De ese modo, se abriría una puerta a una ampliación irrazonable de la causal de expulsión allí prevista, desde el momento que la “condena” referida aparecería como un concepto procesal a priori no necesariamente vinculado a lo delictivo.

Más aún, afirmar que cualquier condena alcanza para la expulsión de un extranjero llevaría al absurdo de permitir el extrañamiento por la comisión de delitos culposos –por ejemplo, lesiones culposas– ya que la norma no diferencia entre estos y los dolosos. Esta circunstancia es a todas luces irrazonable, atendiendo a parámetros de proporcionalidad entre gravedad

del hecho y la consecuente sanción impuesta. Similar situación se plantea con delitos que, aun siendo dolosos, no contemplan penas privativas de libertad –el delito del artículo 204 quater del Código Penal, que prevé pena de multa– o que de contemplarlas –el delito de daño cuya pena mínima es de quince días– pueden ser insignificantes a la hora de justificar una medida tan extrema como la expulsión.

Por lo demás, una interpretación contraria a lo expuesto implicaría una afectación del principio *pro homine* destacado por la CSJN en numerosos fallos –330:1989 y 331:858, entre otros– y rector en materia de hermenéutica de derechos humanos. En efecto, si de acuerdo al citado principio se impone acudir a la norma más amplia o a la interpretación más extensiva cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria, pretender aplicar la causal de impedimento prevista en el inciso c) apartándose del monto de la pena allí estipulado resultaría notoriamente más restrictivo de la operatividad de los derechos humanos expresamente propiciada por el artículo 3, a) de la propia Ley de Migraciones.

Desde finales del 2015 se encuentra a estudio del máximo tribunal el caso “Apaza León”⁶³, donde el actor había sido condenado a la pena de un año y seis meses de prisión en suspenso, por lo que conforme a la interpretación efectuada en “Granados Poma”, la orden de expulsión dispuesta a su respecto carecería de fundamento legal y debería ser dejada sin efecto; así fue resuelto por la jueza de Primera Instancia, decisión que fue revocada por la Cámara de Apelaciones. La

63 “Apaza León, Pedro Roberto c/ E.N. – D.N.M. – Disp. 2560/11- Exp. 39845/09 s/ recurso directo para juzgados”, Expte. N° 46527/11. Se encuentra en PGN desde el 8/4/2016.

CSJN tiene la oportunidad, en este expediente, de fijar un criterio de interpretación inequívoco del inciso en cuestión, para evitar la discrecionalidad administrativa y judicial al momento de resolver situaciones migratorias a la luz de lo allí establecido.

VI. Sanción del decreto de necesidad y urgencia N° 70/2017, modificatorio de la Ley de Migraciones N° 25.871

Al día siguiente de haber culminado el presente trabajo, se publicó en el Boletín Oficial el Decreto del Poder Ejecutivo Nacional N° 70/2017 que entró en vigencia el 31 de enero de 2017, mediante el cual se modificó medularmente la Ley de Migraciones N° 25.871, que fuera objeto de análisis en los puntos precedentes; por ello, es obligatorio incorporar este nuevo acápite para hacer referencia –liminarmente– a los cambios operados a partir de la nueva norma; sino el trabajo quedaría incompleto.

El Decreto referido fue dictado el 27 de enero de ese año, durante el período de receso legislativo, y se utilizó para ello el instituto contemplado en el artículo 99, inciso 3, de la Constitución Nacional –decreto de necesidad y urgencia– lo que podría generar un cuestionamiento a su validez, toda vez que se modifica una norma emanada del parlamento mediante una herramienta de carácter excepcional⁶⁴.

64 El artículo 99 inc. 3 de la Constitución Nacional determina lo siguiente: *“El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo. Solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes, y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos, podrá dictar decretos por razones de necesidad y urgencia, los que*

El mismo no efectúa cambios “cosméticos” a la normativa, sino que modifica la propia esencia de la misma. Muchas de las cuestiones reseñadas en el punto anterior que generaban problemas de interpretación –por ende, de alcance– y que se encontraban a estudio tanto de la CSJN como de los tribunales inferiores, fueron directamente cambiadas a través del Decreto en cuestión; el Poder Ejecutivo encontró así un atajo y, en lugar de esperar la resolución judicial, optó por fijar sus alcances mediante un acto propio como es el dicho Decreto.

En lo que respecta al derecho de acceso a la justicia y el derecho de defensa del migrante, la nueva norma crea un “procedimiento migratorio especial sumarísimo” que: a) elimina los recursos administrativos de reconsideración yalzada⁶⁵; b) reduce los plazos de interposición del recurso administrativo, judicial, de apelación de la sentencia y del plazo para que el juez resuelva a, solamente, tres días en todos los casos-⁶⁶; y c) establece como criterio general la posibilidad de requerir la retención preventiva en cualquier momento del procedimiento administrativo o judicial, y no ya una vez que se encontrase firme y consentida la expulsión⁶⁷.

Asimismo, la norma dispone otras modificaciones procesales: a) limita la facultad jurisdiccional de los jueces al determinar que las dispensas contempladas en los artículos 29 y 62 son

serán decididos en acuerdo general de ministros que deberán refrendarlos, conjuntamente con el jefe de gabinete de ministros.”

65 Artículo 69 decies, incorporado por artículo 19 del Decreto N° 70/2017 y derogación del artículo 90 efectuada por artículo 26 del Decreto.

66 Artículo 69 quinquies, recurso jerárquico; artículo 69 septies, recurso judicial y plazo para dictar sentencia en primera instancia; y artículo 69 nonies, recurso de apelación contra sentencia de primera instancia y plazo para dictar sentencia en Cámara, incorporados por los artículos 14, 16 y 18 del Decreto N° 70/2017.

67 Artículo 69 bis, incorporado por artículo 11 del Decreto N° 70/2017.

facultad exclusiva de la DNM, “no pudiendo ser otorgada judicialmente”⁶⁸; b) tiene por desistido el recurso interpuesto –administrativo o judicial– cuando se comprobare que el extranjero se encontrare fuera del territorio nacional por un plazo mayor a 60 días corridos y continuos⁶⁹; y c) ratifica el derecho a la asistencia jurídica gratuita de los extranjeros que carezcan de medios económicos a través de la intervención del Ministerio Público de la Defensa, pero se establece que el migrante deberá requerirlo y acreditarlo ante la autoridad administrativa que tendrá la facultad de evaluar la pertinencia del pedido; en caso de no acreditarse la carencia de medios económicos o no haber sido requerida la asistencia jurídica gratuita, la nueva norma ordena continuar con la tramitación de las actuaciones sin que el extranjero cuente con dicha asistencia⁷⁰.

El Decreto N° 70/2017 sustituyó el artículo 29, modificando e incorporando nuevas causales de impedimento de ingreso y permanencia. Entre los cambios efectuados, se desdobló el anterior inciso c) y se eliminó la mención del monto de la pena, cuya redacción había dado lugar a diversas interpretaciones. Ahora, la norma establece como causas impeditivas el inciso c): “Haber sido condenado o estar cumpliendo condena, o tener antecedentes o condena no firme en la República Argentina o en el exterior, por delitos que merezcan según las leyes argentinas penas privativas de libertad”; también está el inciso d): “Haber sido condenado o estar cumpliendo condena, o tener antecedentes o condena no firme, en la República Argentina o en el exterior, respecto de delitos de tráfico de armas, de personas, de estupefacientes, de órganos o tejidos, o por lavado de dinero o inversiones en actividades ilícitas”⁷¹.

68 Artículo 62 bis, incorporado por artículo 7 del Decreto N° 70/2017.

69 Artículo 74 bis, incorporado por artículo 22 del Decreto N° 70/2017.

70 Artículo 86, sustituido por artículo 24 del Decreto N° 70/2017.

71 Artículo 29, incisos c) y d), sustituidos por artículo 4 del Decreto N° 70/2017.

La norma también elimina el último párrafo del referido artículo 29, que posibilitaba la admisión excepcional en el país de personas por razones humanitarias o de reunificación familiar. La nueva redacción prevé que la DNM pueda admitir excepcionalmente por razones humanitarias, de reunificación familiar o de auxilio eficaz a la justicia, a los extranjeros comprendidos en los incisos a) (presentación de documentación falsa), k) (ingreso al país eludiendo los controles migratorios) y m) (incumplimiento de los requisitos exigidos por la ley). También los comprendidos en el inciso c), en caso de que el delito doloso merezca en la legislación nacional pena privativa de la libertad –cuyo monto máximo no exceda de tres años de prisión– o sea de carácter culposo.

Fuera de los supuestos expresamente regulados, no podrá hacerse lugar al trámite excepcional de dispensa. Cuando 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 invoque⁷².

En este mismo sentido se modificaron también los motivos establecidos en el artículo 62 de la Ley de Migraciones⁷³, por los cuales la DNM puede proceder a cancelar la residencia otorgada y ordenar la expulsión del extranjero. La actual norma vigente prevé nuevos requisitos y exigencias, para la dispensa del cumplimiento de la cancelación de la residencia por razones familiares. Al igual que en el nuevo artículo 29, el Decreto determina que en los casos comprendidos en los incisos a) (fraude a la ley) y e) (desnaturalización de las razones que motivaron

72 Artículo 29, sustituido por artículo 4 del Decreto N° 70/2017.

73 Artículo 62, sustituido por artículo 6 del Decreto N° 70/2017.

el otorgamiento de la residencia), así como en los supuestos del inciso c) (condena no firme) 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 años de prisión o cuando sea de carácter culposo, la DNM podrá dispensar la cancelación de la residencia si el extranjero invocare reunificación familiar respecto de progenitor, hijo o cónyuge ciudadano argentino. Asimismo, establece que se tendrá especialmente en consideración el tiempo que la persona lleve residiendo legalmente en el territorio nacional.

La norma es imperativa en cuanto a que, fuera de los supuestos expresamente enumerados, no podrá hacerse lugar al trámite excepcional regulado en dicho artículo y que cuando se invoque el derecho a la reunificación familiar deberá acreditarse la convivencia, para lo cual no se considerará al extranjero de quien se comprobare que se hubiera desinteresado afectiva o económicamente de la persona cuyo vínculo familiar invoque.

VII. Cuestionamientos a las modificaciones dispuestas a la Ley de Migraciones por decreto de necesidad y urgencia N° 70/2017

La norma en cuestión, por la cual se modificó la Ley de Migraciones, ha desatado polémica entre los sectores políticos y académicos en Argentina. Amén de ello, a pocos días de haber entrado en vigencia, ha sido objeto de cuestionamientos tanto en sede judicial nacional como interamericana.

En primer lugar, se debe recordar que en 2003 la República Argentina suscribió una solución amistosa homologada por la propia CIDH en 2011, a raíz de la detención y expulsión en 1996 –mediante un procedimiento sumarísimo– del uruguayo Juan Carlos de la Torre, quien tenía antecedentes penales y llevaba veintidós años viviendo en Argentina. El caso se había iniciado

en 1999 y para llegar al acuerdo de solución amistosa, el Estado argentino se comprometió ante la CIDH en 2003 a modificar la Ley de Migraciones “como parte de una reparación a violaciones de derechos humanos de los inmigrantes”⁷⁴.

La Ley 25.871 fue sancionada por el Congreso en diciembre de 2003 y en su reglamentación, en 2010, se incorporaron todos los debates dados durante la discusión sobre la solución amistosa.

Por considerar que el Decreto en cuestión violaba lo establecido en la solución amistosa, el 7 de febrero de 2017 el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) y el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL, por sus siglas en inglés) presentaron una denuncia ante la CIDH expresando que esta reforma restringía derechos humanos y contravenía compromisos internacionales –sin ningún control ni intervención del Congreso Nacional– en materias en las que su participación resultaba obligatoria; también solicitaban considerar que se convocara “en su próximo período de sesiones una audiencia pública sobre la situación de los derechos humanos de los migrantes en la Argentina”⁷⁵.

En otro orden, en el ámbito interno la defensa pública ha interpuesto recientemente una acción de revisión judicial en la cual solicitan la declaración de inconstitucionalidad del artículo 4, modificatorio del artículo 29, inciso c) *in fine*–; del artículo 7; de los artículos 9 y siguientes, que establecen el procedimiento migratorio especial sumarísimo; y del Decreto 70/2017⁷⁶ el cual,

⁷⁴ CIDH. Juan Carlos De la Torre.

⁷⁵ Sputnik. *Denuncian reforma migratoria de Argentina ante CIDH*, Buenos Aires, 9 de febrero de 2017, disponible en <https://mundo.sputniknews.com/americalatina/201702091066812919-Macri-Ley-Migraciones/> (acceso 27/10/2017).

⁷⁶ Acción de revisión judicial suscripta por el defensor público oficial, doctor Mariano La Rosa, contra la RESOL-2017-37-APN-SECI#MI dictada el 11

a la fecha de culminación del presente trabajo, no había sido resuelto.

El citado defensor público en su presentación argumentó, en primer lugar, que a través de la creación del proceso migratorio especial sumarísimo el Poder Ejecutivo modificó el establecido por ley y creó un procedimiento completamente distinto al determinado por la Ley No. 25.871, invadiendo –de esa forma– las atribuciones y competencias del Poder Legislativo, lo que constituye a su juicio una gravísima violación a la división de poderes y al principio republicano de gobierno, intolerable en un sistema democrático como el establecido por la Constitución Nacional argentina. Asimismo, plantea que dicho procedimiento sumarísimo no respeta las garantías del debido proceso legal conforme a los artículos 8 y 25 de la CADH, así como al amplio análisis de la CIDH y la abundante jurisprudencia de la Corte IDH con relación al alcance de las garantías del “debido proceso”.

En este punto, ambas entidades han desarrollado el alcance de las garantías del debido proceso legal. Así, para que este exista es preciso que el justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables. Para alcanzar sus objetivos, el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia⁷⁷.

El procedimiento sumarísimo dispuesto por el reciente Decreto, implica una alteración unilateral de las reglas de juego y significa una reducción sustancial de los plazos procesales –de 30 días se pasó a tres días hábiles para el supuesto de interposición de recursos– que perjudica notablemente a la persona que debe ejercer en tan exiguo tiempo su defensa y en la práctica imposibilita al migrante su derecho a ser oído con las debidas

de enero de 2017, la disposición SDX N° 028273 del 13 de febrero del 2014 y la disposición SDX N° 12336 del 16 de enero del 2012, correspondientes al expediente del registro de la DNM, identificado bajo el N° 2309135/2007.

77 Cfr. Corte IDH. *Condición jurídica y derechos...*, párr. 121.

garantías constitucionales, ofrecer y producir la totalidad de prueba que hace a su derecho y que, en líneas generales, implica un menoscabo de su derecho a la defensa en juicio.

En ese sentido, limitar los plazos de interposición de recursos así como de resolución de los mismos imposibilita y vulnera el derecho de todo migrante a entrevistarse con su abogado defensor, a ser oído, a recoger la prueba que intenta hacer valer, a formular los alegatos pertinentes y a obtener por parte de la autoridad competente una decisión debidamente motivada.

El derecho de todo migrante a ser oído y a contar con un tiempo razonable junto a los medios adecuados para la preparación de su defensa, requiere que el Estado trate al migrante en todo momento como un verdadero sujeto del proceso, en el más amplio sentido de este concepto, y no simplemente como objeto del mismo⁷⁸. En razón de ello, la CIDH se ha referido a la necesidad de asegurar que las personas puedan preparar su defensa, formular alegatos y promover las pruebas pertinentes, garantías que resulta imposible ejercer cuando el plazo de ejecución de la decisión gubernamental resulta irrazonablemente breve⁷⁹; a su vez, este derecho incluye que la defensa interroge a los testigos y obtenga la comparecencia de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos, como testigos o peritos.

Como lo sostuvo la Corte IDH, 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. Esto revela que el debido proceso incide sobre todos estos órdenes y no sólo sobre el penal”⁸⁰.

78 Cfr. Corte IDH. *Caso Vélez Loor...*, párr. 145.

79 Cfr. Corte IDH. *Caso Loren Laroye...*, párr. 60.

80 Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú* (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 6 de febrero de 2001, Serie C, N° 74, párr. 103; y Corte IDH. *Caso Tribunal Constitucional vs. Perú* (Competencia), sentencia del 24 de septiembre de 1999, Serie C, N° 55, párr. 70.

Más aún, “es un derecho humano el obtener todas las garantías que permitan alcanzar decisiones justas, no estando la administración excluida de cumplir con ese deber. Las garantías mínimas deben respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas”⁸¹. Así lo ha reconocido también la CSJN al sostener que “todo procedimiento, tanto administrativo como judicial, debe responder al imperativo del debido proceso, conforme a su índole particular”⁸².

Según la Corte IDH, contar con el tiempo y los medios adecuados para preparar la defensa constituye uno de los derechos fundamentales de la persona humana⁸³.

Sobre la base de una interpretación armónica de las disposiciones contenidas en los artículos 8, 22 y 25 de la CADH y de conformidad con lo dispuesto por la jurisprudencia interamericana, cabe concluir que los procesos sumarísimos no garantizan el debido proceso legal en palabras de la CIDH y la Corte IDH.

El segundo punto del Decreto que es cuestionado por la defensa pública en el referido recurso judicial es su artículo 4, por el cual se modifica el artículo 29 (impedimentos para el ingreso y permanencia). Se plantea su inconstitucionalidad: a) por tener efectos discriminatorios; b) por desconocer, de manera arbitraria, los alcances de la dispensa de “reunificación familiar o razones humanitarias” para las personas no nacionales que se encuentren comprendidos en el inciso c) que su delito doloso merezca la pena privativa de la libertad mayor a tres años,

81 Corte IDH. *Condición jurídica y derechos...*, párr. 125.

82 CSJN. Fallos 327:1249.

83 *Cfr.* Corte IDH. caso *Barreto Leiva vs. Venezuela*. (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 17/11/2009, Serie C, N° 206, párrs. 54 y 55.

desoyendo los límites establecidos por el derecho internacional de los derechos humanos a la facultad del Estado de expulsar migrantes en función de sus vínculos familiares; y c) por desconocer los lineamientos de la Opinión Consultiva OC-21/14 de la Corte IDH, solicitada por la República Argentina.

En el ámbito internacional hay consenso respecto a que la familia constituye el elemento natural y fundamental de la sociedad y que, como tal, debe ser protegida por la sociedad y el Estado. El derecho de los miembros de una familia a la vida familiar se encuentra ampliamente protegido por el derecho internacional de los derechos humanos. Asimismo, en el ámbito local, el derecho a la reunificación familiar está garantizado por los artículos 3 y 10 de la Ley 25.871.

En igual sentido, el artículo 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que las medidas que impliquen la separación de padres e hijos, deberán ser extremadamente excepcionales y ser sometidas a revisión judicial.

Sostiene el defensor público que convalidar la reforma impugnada, limitando el derecho a la reunificación familiar solo respecto a quienes “hubieren cometido delitos menores a tres años”, importa una revisión formal del acto administrativo que no tutela de modo alguno el alcance del derecho a un recurso efectivo conforme a las señaladas prescripciones de los artículos 25, 1, y 8,1, de la CADH, desoyendo los límites establecidos por el derecho internacional de los derechos humanos a la facultad del Estado de expulsar migrantes en función de sus vínculos familiares.

En efecto, una de las fases de vigencia plena de los derechos humanos reconocidos en distintos instrumentos de derecho internacional, consiste en que estos actúen como un límite al poder discrecional de los Estados. En este sentido, los derechos

a la protección de la vida familiar y al respeto por la vida privada actúan como límite al momento de considerar la posibilidad de expulsar a una persona⁸⁴.

El citado artículo, sostiene el defensor público, desconoce también el interés superior del niño y de la niña así como los lineamientos de la Opinión Consultiva OC 21/14 del 19/08/2014 de la Corte IDH. De conformidad con las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos, los Estados tienen la obligación de garantizar que los procedimientos de expulsión de personas no nacionales deben tomar en consideración los mejores intereses de sus hijos e hijas, así como los derechos de la persona a una vida familiar.

En este sentido, la Corte IDH recientemente ha dicho que para evaluar los intereses en conflicto es preciso tener en cuenta que una expulsión puede tener efectos perjudiciales sobre la vida, el bienestar y el desarrollo de la niña y del niño, por lo que su interés superior debe ser una consideración primordial. De este modo, dado que en abstracto la expulsión de uno o de ambos progenitores prácticamente en ninguna circunstancia redundaría en favor de dicho interés superior sino que lo afectaría, se impone al correspondiente Estado la obligación de realizar una adecuada y rigurosa o estricta ponderación entre la protección de la unidad familiar y los intereses estatales legítimos, correspondiendo determinar en el contexto de cada caso concreto que la expulsión de uno ambos progenitores no conlleve una injerencia abusiva o arbitraria en la vida familiar de la niña o del niño⁸⁵.

84 Cfr. Van Dijk, P. "Protection of integrated aliens against expulsion under The European Convention on Human Rights", en Guild, Elspeth y Minderhoud, Paul (eds.). *Security of residence and expulsion: protection of aliens in Europe*, Kluwer Law International, The Netherlands, 2001, p. 24; y Comité de Derechos Humanos. *Winata vs. Australia*, CCPR/C/72/D/930/2000, 21/07/2001, párr. 7.

85 Cfr. Corte IDH. *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, Opinión Consultiva OC-21/14, 19 de agosto de 2014, párr. 278.

A tal fin, el Estado tendrá que evaluar las circunstancias particulares de las personas concernidas entre las cuales destaca: a) la historia inmigratoria, el lapso temporal de la estadía y la extensión de los lazos del progenitor y/o de su familia con el país receptor; b) la consideración sobre la nacionalidad, guarda y residencia de los hijos de la persona que se pretende expulsar; c) y el alcance de la afectación que genera la ruptura familiar debido a la expulsión, incluyendo las personas con quienes vive la niña o el niño así como el tiempo que ha permanecido en esta unidad familiar.

Ahora bien, la limitación impuesta por el nuevo Decreto de necesidad y urgencia de modo alguno permite al Estado realizar la correspondiente ponderación, ni considera que la niña o el niño merezcan protección y cuidado especial.

Por último, en el recurso de revisión judicial analizado se cuestiona la validez del artículo 7, que incorpora el artículo 62 bis mediante el cual se asigna a la DNM la facultad exclusiva de otorgar la dispensa, prohibiendo al Poder Judicial expedirse sobre la misma por entender que dicha norma invade la esfera de este, impidiendo la revisión que debe ejercer sobre los actos de la administración.

En efecto, convalidar dicho articulado implicaría privarle a la justicia del control judicial suficiente impuesto en el sistema jurídico argentino por vía pretoriana, desde el precedente de la CSJN en el caso *Fernández Arias c/ Poggio*⁸⁶, por lo cual no basta con un mero control de legalidad. El artículo 89 de la Ley de Migraciones –el cual no ha sido derogado ni modificado por el Decreto N° 70/2017– determina que el recurso judicial y la consecuente intervención y decisión del Órgano Judicial se limitarán al control de legalidad, del debido proceso y de la razonabilidad del motivo de impugnación.

86 CSJN. Fallo 247:646, sentencia de fecha 19/09/1960.

En el precedente antes citado –el caso Fernández Arias– el máximo tribunal dispuso que:

“Control judicial suficiente quiere decir: a) reconocimiento a los litigantes del derecho a interponer recurso ante los jueces ordinarios. b) negación a los tribunales administrativos de la potestad de dictar resoluciones finales en cuanto a los hechos y derechos controvertidos, con excepción de los supuestos en que, existiendo opción legal, los interesados hubiesen elegido la vía administrativa, privándose voluntariamente de la judicial. La mera facultad de deducir recurso extraordinario basado en inconstitucionalidad arbitrariedad, no satisface las exigencias que en la especie ha de tenerse por imperativas”.

En ese mismo sentido, existen innumerables fallos posteriores que han confirmado la doctrina emanada de dicho precedente, tales como los casos *Beneduce c/ Casa Auguste*⁸⁷ y *Volcán Cuareta S. A.*⁸⁸, entre otros, en donde la CSJN hizo hincapié en que todas las decisiones adoptados por los órganos administrativos deben quedar sujetos a control judicial.

Por lo demás, no debe soslayarse que la Corte IDH también ha expedido al respecto en el caso *Barbani Duarte*, en donde por primera vez desarrolló estándares específicos en materia de revisión jurisdiccional de actos administrativos, basándose en los estándares previamente desarrollados por el TEDH y destacando que “no hay una revisión judicial si el órgano judicial está impedido de determinar el objeto principal de la controversia, como por ejemplo sucede en casos en que se considera limitado por circunstancias fácticas o jurídicas realizadas por el órgano administrativo que hubieran sido decisivas en la resolución del caso”⁸⁹.

87 CSJN. Fallo 251:472.

88 CSJN. Fallo 261:36.

89 Corte IDH. *Caso Barbani Duarte Vs. Uruguay* (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 13 de octubre de 2011, Serie C, N° 234, párr. 204.

En el citado caso, el TEDH consideró que al evaluar la efectividad de los recursos incoados en la jurisdicción contencioso administrativa nacional, la Corte IDH debe observar si las decisiones tomadas en esta han contribuido efectivamente a poner fin a una situación violatoria de derechos, a asegurar la no repetición de los actos lesivos y a garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos protegidos por la CADH.

En este sentido, sostiene el recurso judicial analizado, convalidar la constitucionalidad de la reforma efectuada por el Decreto N° 70/2017 implicaría conceder prerrogativas ilimitadas a la administración, criterio que sería contrario a asegurar el respeto de la democracia, y –a través de esta– la efectividad de los derechos humanos. Toda decisión de la administración, por discrecional que sea, es susceptible de control judicial; ese control no es de mera legalidad, sino también de juridicidad y razonabilidad debiendo la administración actuar en sometimiento pleno a la ley y al derecho.

Conclusiones

En tiempos donde el mundo se debate sobre la movilidad humana en los distintos territorios y los Estados nación tienden a cerrar sus fronteras, abandonando el concepto de solidaridad y asistencia surgido al calor de la posguerra, se debe retomar y defender –desde los distintos espacios de reflexión– la idea humanista.

Cuando se debatió en Argentina la última reforma constitucional en 1994, mediante la cual se le otorgó rango constitucional a diversos instrumentos internacionales de derechos humanos, todo el espectro político con representación en la Convención Constituyente –excepto algunos grupos

minoritarios— coincidió en que el nuevo texto constitucional debía tener como premisa la supremacía del hombre, la tutela del hombre como centro del ordenamiento jurídico.

Los propios convencionales constituyentes expresaban esta idea,

“teniendo en cuenta cómo han cambiado las relaciones desde 1853 a la fecha, considerando que el derecho internacional de aquel tiempo era el derecho de la guerra —cuando un Estado no conocía mucho al Estado vecino y no existía más que la relación bilateral— hemos diseñado y repensado convertir esa vigencia positiva del derecho internacional a la luz de la evolución y del progreso, a la luz de colocar al ser humano, a la persona humana, en el centro de las actividades, teniendo en cuenta la responsabilidad del Estado frente a esa persona, frenando el poder del Estado en favor de esa persona y en la tutela que la comunidad internacional quiere tener sobre ella [...] Otorgar jerarquía constitucional a estos instrumentos es situar al ser humano —por su sola condición de tal— en el centro de la tutela del orden jurídico”⁹⁰.

Asimismo, se afirmó lo siguiente: “En armonía con el respeto a la dignidad del hombre, y bajo las medidas de protección que deben ser tomadas para proteger [...] —esto me recuerda una afirmación del Papa Juan XXIII en la encíclica *Pacem in Terris*—, debemos tener en cuenta que el hombre es el principio, fundamento y fin de todas las instituciones sociales”⁹¹.

90 Versión taquigráfica de la intervención de Juan Pablo Cafiero, convencional constituyente del Frente Grande, en la 22ª reunión, 3ª sesión ordinaria, del 22 de agosto de 1994.

91 Versión taquigráfica de la intervención de Rodolfo Barra, convencional

Argentina cuenta con normas constitucionales y legales que garantizan los derechos de todas las personas por igual, independientemente de su nacionalidad y condición migratoria, en consonancia con los postulados fijados en aquella Convención Constituyente. La propia comunidad internacional, antes de la última modificación decretada, ha reconocido “la avanzada legislación argentina en materia de migración”⁹².

El problema entonces no es normativo sino de aplicación, tanto por parte de los órganos administrativos como del sistema judicial. Se deben evitar interpretaciones y decisiones arbitrarias y discriminadoras; también se deben erradicar prácticas que impliquen el retardo y la consiguiente denegación de justicia. Los actores del sistema no deben olvidar que todas las personas sujetas a los procedimientos migratorios son seres humanos y, como tales, objeto de protección por parte del Estado.

Ello no implica menoscabar las atribuciones soberanas del Estado para determinar su política migratoria y definir los requisitos de ingreso, estancia y expulsión de personas no nacionales de su territorio, ni proteger o amparar a aquellas personas que delinquen o se encuentran en una situación irregular, sino simplemente garantizarles el acceso a la justicia y el debido proceso, que son el umbral mínimo de protección contra la arbitrariedad y la barbarie.

Quiero cerrar este pequeño ensayo con la reflexión que plantea la instrucción papal *Erga Migrantes Caritas Christi* refiriéndose a la necesidad urgente e imperiosa de

constituyente del Partido Justicialista, en la 22ª reunión, 3ª sesión ordinaria, del 22 de agosto de 1994.

92 Organización de las Naciones Unidas. *Observaciones finales sobre los informes periódicos 21º a 23º de la Argentina*, aprobadas por el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial en su 91º período de sesiones, 9 de diciembre de 2016, CERD/C/ARG/CO/21-23, párr. 33.

“una política que garantice a todos los emigrantes la seguridad del derecho, ‘evitando cuidadosamente toda posible discriminación’, al subrayar una amplia gama de valores y comportamientos (la hospitalidad, la solidaridad, el compartir) y la necesidad de rechazar todo sentimiento y manifestación de xenofobia y racismo por parte de quienes los reciben. Tanto en referencia a la legislación como a la praxis administrativa de los distintos países, se presta una gran atención a la unidad familiar y a la tutela de los menores, tantas veces entorpecida por las migraciones, así como a la formación, por medio de las migraciones, de sociedades multiculturales”⁹³.

93 Pontificio Consejo para la Pastoral de los Emigrantes e Itinerantes, Instrucción *Erga Migrantes Caritas Christi*, párr. 30.