

**XXXI CONGRESO NACIONAL DE DERECHO
PROCESAL.
“NUEVOS SISTEMAS DE LITIGACIÓN”.
Mendoza 2022.**

Comisión 3: Principios procesales: estado actual y visión crítica

Tema: “Expulsión de inmigrantes y control judicial en Argentina”.

Autor: Gonzalo Saráchaga

dirección postal: calle 55 entre 422, piso 5 D, C.P. 1900, La Plata, Prov.de Buenos Aires, Argentina.

Teléfono: 2215651914

correo electrónico: gonzalo.sarachaga@yahoo.com.ar

Breve síntesis de la propuesta: En el presente trabajo intentaremos identificar algunos lineamientos neurálgicos de la revisión judicial de los actos administrativos que deciden la expulsión de inmigrantes en Argentina por parte de la autoridad competente en la materia, esto es, la Dirección Nacional de Migraciones (DNM), centrando el análisis en la jurisprudencia relevante tanto de la Excma. Cámara Federal de Apelaciones de La Plata (CFALP) como de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN).

Entendemos justificado el aporte y la discusión de este tópico en el Congreso Nacional en virtud de diversas cuestiones que sintéticamente podrían exponerse de la siguiente forma: 1) El proceso migratorio posee una escasa regulación en la Ley Migratoria N° 25871, por lo cual entendemos que las particularidades que poseen estas causas requieren de una reforma integral sobre el punto; 2) La complejidad de este tipo de procesos se refleja en las dificultades interpretativas que genera su tratamiento por parte de los tribunales inferiores. Los recientes precedentes de la CSJN han sido concluyentes en intentar disiparlas; 3) El fenómeno de las migraciones, las potestades de los Estados en la materia y la tensión que ello genera en derechos humanos fundamentales, es un tema de notoria relevancia y actualidad, tanto a nivel global como asimismo en nuestro país.

8. Se postula como participante de los concursos para los premios “Asociación Argentina de Derecho Procesal” y “Fundación de Estudios Superiores e Investigación (FUNDESI)”, referidos en el artículo 7 del Reglamento.

9. referencias a las conclusiones arribadas sobre el tema a desarrollar en las ponencias y conclusiones de los anteriores Congresos Nacionales de Derecho Procesal: Congreso San Juan 2019: COMISIÓN N° 1 (Derecho Procesal Civil): Nuevos paradigmas de la jurisdicción protectoria: 9.- Se sostiene

que la tutela preferente de las personas en condición de vulnerabilidad debe superar el test de razonabilidad, sin afectar el debido proceso.

COMISIÓN Nº 4 (Derecho Procesal Civil): Sistemas de revisión

8. Resulta imprescindible encarar la problemática del funcionamiento de los superiores tribunales a partir de un triple interrogante inicial: 1) ¿cuál es el rol que dichos tribunales desempeñan en el diseño institucional de un país?; 2) ¿cuál debería ser dicho papel?; 3) En caso de desfasaje entre ambas respuestas: ¿cómo lograr que las cortes supremas se concentren en lo segundo en vez de en lo primero?

13. En los sistemas en los que una tercera instancia sólo se concibe como valiosa en la medida que sirva para brindar coherencia a la interpretación del derecho o para guiar su evolución, cobran preponderancia los filtros “propios”, que brindan a los tribunales superiores las potestades amplias, flexibles y hasta explícitamente discrecionales para decidir qué casos decidir sin ataduras rígidas.

1. INTRODUCCIÓN. EL PROCEDIMIENTO DE EXPULSIÓN DE INMIGRANTES EN ARGENTINA.

Ciertamente el fenómeno de las migraciones internacionales dista de ser nuevo, pero tiene una indudable actualidad, enmarcado en la creciente globalización que experimenta la economía mundial, que multiplica y apresura movimientos de personas, bienes, servicios e información. Otros factores son igualmente influyentes como los eventos climáticos extremos (que originan “desplazados ambientales”) y personas que huyen de sitios en guerra.

La política migratoria de un Estado está constituida por todo acto, medida u omisión institucional (leyes, decretos, resoluciones, directrices, actos administrativos, etc.) que verse sobre la entrada, salida o permanencia de población nacional o extranjera dentro de su territorio¹.

Argentina ha sancionado en el año 2003 la Ley 25871² (Ley Migratoria,), que entre sus aspectos centrales recepta el derecho de las personas a migrar (art. 4), y en su artículo 29, establece diversas causas de impedimento a la permanencia de extranjeros en el territorio nacional. Casuísticamente, del repaso de la jurisprudencia imperante, los principales supuestos de expulsión están dados por: 1) ingreso irregular al territorio nacional (art. 29 inc. i) y 2) poseer antecedentes penales o condena en el país o el extranjero (art. 29 inc. C).

Así, algunos de los elementos insoslayables a cumplimentar por los países al momento de dictar una expulsión son: a) respetar los derechos humanos fundamentales, b) no proceder mediante una medida arbitraria ni colectiva, y c) tener como fin el cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley³. Una

¹ Cfr. Condición Jurídica y Derecho de los Migrantes Indocumentados, Opinión Consultiva OC-18-03 de 17 de septiembre de 2003, serie A No. 18, parr. 163.

² publicada en el B. O el 21/01/2004

³ ver el art. 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el art. 22 inc. 6 Convención Americana de Derechos Humanos. En cuanto al punto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que “*este Tribunal ha insistido en su jurisprudencia consultiva y contenciosa en el hecho de que, en el ejercicio de su facultad de fijar políticas migratorias, los Estados pueden establecer mecanismos de control de ingreso a su territorio y salida de él con respecto a personas que no sean nacionales suyas, siempre que dichas políticas sean compatibles con las normas de protección de los derechos humanos establecidas en la Convención Americana*” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, opinión

vez dictado el acto y agotados los recursos en sede administrativa, el recurso judicial y la consecuente intervención y decisión del órgano judicial competente para entender respecto de aquel se limitan al control de legalidad, debido proceso y razonabilidad del acto motivo de impugnación (arts. 84 y 89 LM).

De esta forma, las implicancias y tensiones que genera esta decisión por parte de DNM sobre los derechos de los destinatarios de esos actos, enfrenta a los diversos operadores jurídicos con casos judiciales de complejo análisis para su elucidación⁴. Sintéticamente, algunas de las principales tensiones están dadas por: a) la posibilidad o no de subsanar un ingreso irregular al territorio nacional⁵; b) razones humanitarias o de reunificación familiar⁶ que ameriten permanecer en el país, de un lado, y las facultades soberanas que el derecho internacional reconoce a los Estados, en materia de admisión y permanencia de extranjeros en el país, del otro. Debatiéndose el alcance de la facultad discrecional de conceder la “dispensa” (art. 29 in fine LM) como excepción a una medida de expulsión.

En un sentido amplio –siguiendo a CARRIÓ- los casos son *problemas prácticos*, tanto sea desde el punto de vista del abogado/a como del juez/a, estos involucran a una persona C, que se encuentra en las circunstancias H y C, y desea obtener un resultado R. Y, según este autor, entre las características relevantes de los casos jurídicos se encuentra el hecho de que “[p]or lo general

consultiva oc-21/14, de 19 de agosto de 2014, solicitada por la república Argentina, la república federativa de Brasil, la república del Paraguay y la república oriental del Uruguay, Derechos y Garantías de Niñas y Niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional, consid. 39). Para más, la citada Corte IDH tiene dicho que un procedimiento que pueda resultar en la expulsión o deportación de un extranjero debe tener carácter individual, de modo que permita evaluar las circunstancias personales de cada sujeto, no debe discriminar en razón de nacionalidad, color, raza, sexo, lengua, religión, opinión política, origen social u otro estatus, y ha de observar las siguientes garantías mínimas: I) ser informado expresa y formalmente de los cargos en su contra, si los hubiere, y de los motivos de la expulsión o deportación. Esta notificación debe incluir información sobre sus derechos, tales como: a) la posibilidad de exponer las razones que lo asistan en contra de su expulsión y oponerse a los cargos en su contra; b. la posibilidad de solicitar y recibir asesoría legal, incluso a través de servicio público gratuito de ser aplicable y, de ser el caso, traducción o interpretación, así como asistencia consular, si correspondiere; II) en caso de decisión desfavorable, debe tener derecho a someter su caso a revisión ante la autoridad competente, presentarse o hacerse representar ante ella para tal fin, y III) la eventual expulsión solo podrá efectuarse tras una decisión fundamentada conforme a la ley y debidamente notificada (Cfr. Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana, párrs. 161 y 175).

⁴ Hallo pertinente citar al maestro **MORELLO** que -al haber desempeñado los cargos de Juez de la Suprema Corte Bonaerense, y de conuez en la CSJN- reflexionó acerca de las vicisitudes que se le plantean a un doctrinario o académico del derecho al momento de asumir un rol decisor en una controversia judicial, es decir, de un tercero imparcial. Al respecto, expresaba que “2) Hemos tenido el honor de integrar los altos Tribunales de la Nación y de la Provincia de Buenos Aires, sabemos que el doctrinario en el papel de la judicatura debe hacer ciertas concesiones cuando no francas rectificaciones y lo que en la literatura del escritor o del profesor parecía inamovible en el rol político de juez ha de acampar para propiciar otras posturas. El interés general, la soberanía popular, la dinámica de las instituciones, la paz social, la equidad, el sentido de la solidaridad, la conveniencia general, el impedir perjuicios irreparables son fuentes de reflexiones y de un continuo repensar. Lo dice con todas sus letras el brillante profesor de Pavia (Taruffo) al reconocer la labor creativa de los tribunales: “Para ser un buen intérprete el juez debe ser consiente de la variabilidad de las coordenadas cognoscitivas y valorativas que son ya los rasgos dominantes de la sociedad actual. Su dote esencial no debe ser una ortodoxia cultural pasiva, o la supina aceptación de lo que viene “desde afuera” del mundo cerrado del derecho, sino la asunción de responsabilidad por sus escogencias con la conciencia de que nada es dado a priori, y que aun el conocimiento del mundo es el resultado de un proceso de aprehensión y de interpretación incierto, dificultoso, complicado y nunca realmente agotado. Por otra parte el juez debe ahora filtrar por medio de su razonamiento una infinidad de problemas jurídicos y no jurídicos que cubren el tejido social y su transformación. Su responsabilidad es la de hacer que su razonamiento se adelante con métodos racionales, se fundamente en nociones controlables, y provea adecuadas justificaciones a la decisión por la que se opte según los criterios que se consideran aceptables en el contexto social y cultural de nuestro tiempo” (MORELLO, Augusto M., “La Corte Suprema, piloto de tormentas”, Publicado en: Sup. Esp. La emergencia y el caso Massa 2007 (febrero), 91, Cita Online: AR/DOC/1029/2007. la cita que efectúa de Taruffo corresponde a la obra **TARUFFO, Michele**, “Sobre las fronteras. Escritos sobre la justicia civil”, traducción de Beatriz QUINTEROS, Temis, Bogotá, Colombia, 2006, p. 138 y 139.)

⁵ Tal como mencionáramos más arriba, impedimento previsto en el artículo 29 inciso I de la LM. En prieta síntesis, la dificultad interpretativa en estos casos estaba dada por la posibilidad, o no, de que el inmigrante que ingresó irregularmente al territorio nacional pudiera “subsanar” posteriormente esa irregularidad inicial (por aplicación de lo previsto en el artículo 61 de la Ley Migratoria), lo cual mereció un tratamiento dispar por parte de la jurisprudencia. Finalmente, la CSJN se inclinó por la negativa, al entender que el artículo 61 refiere a un supuesto jurídico diverso (a la *permanencia* del extranjero en el país, y no a su *ingreso*) (ver la causa “Huang, Qiuming”, sentencia del 7 de diciembre de 2021 (Fallos: 344:3580).

⁶ salvo expresión en contrario, la causal de reunificación familiar es la que los inmigrantes han argumentado en los fallos que comentaremos en el presente.

hay varias soluciones del caso disponibles⁷”. Esto último nos lleva a recordar los diferentes tipos de interpretación jurídica, y que –de acuerdo a la postura doctrinaria de la escuela de realismo jurídico genovesa -entre otros que siguen tales lineamientos- la interpretación decisoria es una actividad eminentemente *volitiva*⁸.

Como puede advertirse, en ese marco juega un papel preponderante el principio de razonabilidad o proporcionalidad⁹. Ello por cuanto, tal como se ha manifestado antes de ahora, una decisión jurídica es razonable, en sentido estricto, si y solo si: 1) se toma en situaciones en que no sería aceptable, o no se podría, adoptar una decisión estrictamente racional; 2) logra un equilibrio entre exigencias contrapuestas, pero que necesariamente hay que considerar en la decisión y 3) es aceptable por la comunidad¹⁰. Tal como se verá, en estos casos es dable lograr una decisión que equilibre las exigencias contrapuestas y que tiene que ser aceptable por la comunidad¹¹.

Por razones de espacio no podemos dar cuenta siquiera las grandes líneas de discusión que se han a partir de un problema jurídico tan complejo como lo es el de las reglas y principios¹², del cual en buena medida las ramas de la teoría general del derecho y la filosofía del derecho han ocupado. A los fines del presente adoptaremos, sin pretensión de exhaustividad, el concepto de principios como *mandatos de optimización*, partiendo de la definición dada por Alexy: “[e]l sistema del constitucionalismo democrático quedaría incompleto sin la teoría de los principios. La base de la teoría de los principios es la distinción que la teoría

⁷ CARRIÓ, Genaro, “Cómo estudiar y cómo argumentar un caso”, págs. 22-42, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1987.

⁸ GUASTINI sostuvo que en el ámbito jurídico, “interpretación” denota, al menos, dos actividades distintas: (a) interpretación “cognitiva”, que consiste en el análisis de un texto con el objetivo de aclarar sus posibles significados (plausibles), (b) interpretación “decisoria” que consiste en atribuir a un texto un determinado significado (rechazando los demás). Y en ese sentido, detalla que el realismo interpretativo es “...una teoría escéptica sobre la interpretación decisoria. El mismo sostiene que la atribución de significado a los textos normativos no es una actividad cognitiva sino volitiva”(GUASTINI, Riccardo: “Un enfoque realista acerca del derecho y el conocimiento jurídico” Revus [Online], 27 | 2015, URL : <http://journals.openedition.org/revus/3463> ; DOI : 10.4000/revus.3463). En esa línea, CHIASSONI ha expresado que la Interpretación textual de las disposiciones legales, no es apta para alcanzar una *verdad empírica*. Ello por cuanto [entre otras razones] es una actividad de toma de decisiones, orientada a la práctica, cargada de valores, que cuenta con un compromiso ideológico. De esa forma, entiende que cuando los jueces dicen, por ejemplo, que la disposición legal LPi significa N1 en cuanto a la regulación del caso Ci, ninguno de ellos simplemente *detecta* que a LPi se le ha dado tal significado, ni se trata simplemente de conjeturas de que LPi puede tener tal significado. Más bien, establecen (seleccionan, adoptan, defienden) ese significado como el significado *legalmente correcto* de LPi con el propósito de decidir el caso Ci. (CHIASSONI Pierluigi, « Legal interpretation without truth », Revus [Online], 29 | 2016, Online desde el 04 Noviembre de 2018, consultado 10 de mayo de 2022. URL : <http://revus.revues.org/3615> ; DOI : 10.4000/revus.3615)

⁹ Se ha sostenido al respecto que existe una *proporcionalidad utilitaria* que comprueba si la vía elegida es adecuada para obtener el fin institucional que objetivamente debe ser perseguido, y otra *comparativa* que apunta a solucionar conflictos entre derechos o valores (Para más ver PEYRANO, Jorge W; “Principio De Proporcionalidad Y Su Influencia En Las Decisiones Judiciales”; recuperado de <https://bit.ly/3FLrtiy> (fecha de consulta mayo 2022).

¹⁰ ATIENZA, Manuel, “Para una razonable definición de <razonable>”; DOI: <https://doi.org/10.14198/DOXA1987.4.13> , p 193.

¹¹ No pretendemos soslayar que el hecho de que una decisión deba ser “aceptada por la comunidad” es un recaudo no exento de complejidad en las democracias modernas, usualmente denominadas “democracias intensivas” en donde la ciudadanía exige tomar participación y opinión en todos los aspectos que hacen a la vida en conjunto. No podemos abocarnos aquí a este tema pero, tal como se verá luego en las conclusiones, pareciera que la Corte ha tomado con especial consideración la razonabilidad de las decisiones de DNM en uso de sus facultades, siempre ajustándose a las directivas de la Ley Migratoria (no cuestionada su constitucionalidad, dictada por los representantes del pueblo).

¹² “El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas. los principios son, por consiguiente, mandatos de optimización que se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diversos grados y porque la medida ordenada de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas. El campo de las posibilidades jurídicas está determinado a través de principios y reglas que juegan en sentido contrario. En cambio, las reglas son normas que exigen un cumplimiento pleno y, en esa medida, pueden siempre ser sólo o cumplidas (sic)”, (ALEXY, Robert, “Sistema Jurídico, Principios y Razón Práctica”, Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, número. 5, 1988, p. 143.) . Para más, ver entre muchos otros ATIENZA Manuel y RUIZ MANERO Juan; “Sobre Principios y Reglas”, <https://doi.org/10.14198/DOXA1991.10.04>

de las normas establece entre reglas y principios. Los principios **son mandatos de optimización**. Exigen que algo se realice en la mayor medida posible dentro de las posibilidades jurídicas y fácticas. Su forma de aplicación es la ponderación. En cambio, las reglas son normas que ordenan, prohíben o permiten algo definitivamente. En este sentido son mandatos definitivos. Su forma de aplicación es la subsunción¹³(el resalte me pertenece).

Concordemente, la Corte IDH identifica dos intereses conflictivos en los casos donde deba decidirse sobre la expulsión de alguno de los progenitores, a saber: (a) la facultad del Estado implicado de implementar su propia política migratoria para alcanzar fines legítimos que procuren el bienestar general y la vigencia de los derechos humanos, y (b) el derecho de la niña o del niño a la protección de la familia y, en particular, al disfrute de la vida de familia manteniendo la unidad familiar en la mayor medida posible (OC 21-14, parr. 275). En relación con ello, la Corte IDH afirma que “(...) No obstante, las exigencias del bienestar general no debe en forma alguna ser interpretada de manera tal que habilite cualquier viso de arbitrariedad en detrimento de los derechos. A fin de sopesar los intereses en conflicto, es necesario evaluar que la medida: esté prevista en ley y cumpla con los requisitos de (a) idoneidad, (b) necesidad y (c) proporcionalidad, es decir, debe ser necesaria en una sociedad democrática” (OC 21-14, parr. 275).

Vinculado al punto, tampoco puede soslayarse la existencia de diversos instrumentos internacionales que establecen disposiciones tuitivas de los derechos humanos de la familia¹⁴. Y, en lo que atañe al derecho de los niños y niñas en el marco de procesos de expulsión de sus progenitores en particular, cabe señalar que la propia Convención de los Derechos del Niño prevé esta posibilidad en su artículo 9 inciso 4¹⁵, tal como lo ha reconocido la propia Corte IDH, siempre que se cumplan durante la tramitación con las garantías de un debido proceso y el respeto de los DD.HH. de los involucrados¹⁶.

¹³ **ALEXY Robert**: “Los principales elementos de mi filosofía del Derecho”; DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 32 (2009) ISSN: 0214-8676, p. 82.

¹⁴ La Declaración Internacional de los Derechos Humanos (arts. 16 y 25), La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. 6), El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 17), La Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 17), El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 1), La Convención sobre la Eliminación de todas la Formas de Discriminación contra la Mujer (art.5), LA Carta Social Europea (art. 16), y El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo San Salvador” artículo 15, relativo al Derecho a la Constitución y Protección de la Familia. En este sentido, ha sido el propio Cíbero Tribunal argentino que, en un caso vinculado con un despido por matrimonio, enlistó instrumentos internacionales -que gozan de rango constitucional según el art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional- los cuales enfatizan que —la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado- (art. 17.1 de la Convención citada en primer término, 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 10.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).(Ver causa “Puig, Fernando Rodolfo c/ Minera Santa Cruz S.A. s/ despido”, CSJN, sentencia del 24/09/2020, Fallos: 343:1037, considerando 10°)

¹⁵ La norma en cuestión resulta ser el artículo 9 de la Convención de los Derechos del Niño que establece que “4. Cuando esa separación sea resultado de una medida adoptada por un Estado Parte, como la detención, el encarcelamiento, el exilio, la deportación o la muerte (incluido el fallecimiento debido a cualquier causa mientras la persona esté bajo la custodia del Estado) de uno de los padres del niño, o de ambos, o del niño, el Estado Parte proporcionará, cuando se le pida, a los padres, al niño o, si procede, a otro familiar, información básica acerca del paradero del familiar o familiares ausentes, a no ser que ello resultase perjudicial para el bienestar del niño. Los Estados Partes se cerciorarán, además, de que la presentación de tal petición no entrañe por sí misma consecuencias desfavorables para la persona o personas interesadas”.

¹⁶ Así, la Corte IDH en la Opinión Consultiva 21-14 ha sostenido que: “274. Bajo las consideraciones precedentes, el derecho de la niña o del niño a la protección de la familia, y en particular al disfrute de la vida de familia manteniendo la unidad familiar en la mayor medida posible, siempre prevalecería excepto en aquellos casos en los cuales la separación de la niña o del niño de uno o ambos progenitores sería necesaria en función de su interés superior. No obstante, el derecho a la vida familiar de la niña o del niño per se no supera la facultad de los Estados de implementar sus propias políticas migratorias en consonancia con los derechos humanos, en el marco de los procedimientos relativos a una

En el derecho interno, una norma de especial importancia es el artículo 29 de la LM que, además de establecer causas impeditivas del ingreso y permanencia de extranjeros en territorio nacional, otorga la facultad excepcional a la DNM de conceder la “dispensa” al inmigrante entre otras razones, por *reunificación familiar*. La facultad excepcional y discrecional de la DNM de conceder la dispensa es un aspecto que –frente a la negativa de otorgarla en un caso en concreto por parte de aquella- es frecuentemente cuestionado en sede judicial, tal como veremos en los acápite siguientes.

2. EL ANÁLISIS DE LA RAZONABILIDAD DE LAS DECISIONES DE LA DNM EN LA JURISPRUDENCIA.

Es necesaria una preliminar y concisa justificación de la elección de las decisiones judiciales sobre las cuales trabajaré. Ello supone, como es fácil advertir, intentar responder al interrogante de por qué nos focalizamos en la jurisprudencia¹⁷ de la CFALP y la CSJN sobre el punto. Frente a ello, la elección de la Excm. Cámara Federal de Apelaciones de La Plata obedece, esencialmente, a que una sentencia de la Sala I sobre la materia recibió un premio internacional en materia de derechos humanos, como veremos. Por otro lado, respecto de la CSJN, por cuestiones de espacio, me remito a lo dicho antes de ahora -precisamente en el último congreso nacional de Derecho Procesal¹⁸- cuando intenté fundamentar los motivos por los cuales –según pienso- los precedentes de la Corte son vinculantes para los tribunales inferiores, motivo por el cual –siguiendo la clasificación propuesta por el Dr. Chiassoni- presumiblemente estemos frente a un precedente con “relevancia *de iure* argumentativa en sentido fuerte¹⁹”.

2.1. CÁMARA FEDERAL DE APELACIONES DE LA PLATA. POSTURA AMPLIA DE REVISIÓN DE LA RAZONABILIDAD: CASO PREMIADO INTERNACIONALMENTE.

La Sala I de la Excm. CFALP dictó sentencia en la causa N°FLP 32156/2017/CA1, sentencia del 19 de junio del 2018, **que recibió el primer lugar en un premio organizado por numerosos e importantes organismos internacionales**²⁰. Allí el Tribunal -con el voto del Juez Lemos Arias al cual

expulsión de uno o ambos progenitores. Lo cierto es que la propia Convención sobre los Derechos del Niño también contempla la posibilidad de separación familiar a raíz de la deportación de uno o ambos progenitores.” (OC 21-14, párrafo 274) (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-21/14 “Derechos Y Garantías De Niñas Y Niños En El Contexto De La Migración Y/O En Necesidad De Protección Internacional”, de 19 de agosto de 2014, Solicitada por la República Argentina, la República Federativa De Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay).

¹⁷ Autores como OTEIZA han dado cuenta de la posibilidad para ciertos fines del uso indistinto de la palabra <jurisprudencia> y <precedente> dado que ambos presuponen la importancia persuasiva que ejerce una decisión judicial previa o el conjunto de ellas al momento de decidir un caso concreto (ver OTEIZA, Eduardo “*EL uso del precedente en el diálogo entre Cortes Nacionales y Transnacionales*” REVISTA JURIDICA ARGENTINA LA LEY / Número: 2015, p. 158 y OTEIZA, Eduardo, “*Reflexiones sobre la eficacia de la jurisprudencia y del precedente en la República Argentina. Perspectivas desde la CSJN*”, en Cortes Supremas, funciones y recursos extraordinarios, OTEIZA, Eduardo, Coordinador, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2011).

¹⁸ Ver SARÁCHAGA, Gonzalo, “*Valor y eficacia del precedente en la Corte Suprema de Justicia Argentina: incidencia en la resolución de conflictos donde se discutan derechos individuales homogéneos*”, Publicado en Eldial; elDial.com DC2A05 , 08/04/2020.

¹⁹ Ver CHIASSONI, Pierluigi, “*Ensayos de Metajurisprudencia Analítica*”, Ediciones Olejnik, 1ª edición, 2017, Pag. 211 y sigs.

²⁰ “Premio Regional de Sentencias Acceso a la Justicia de Personas Migrantes o Sujetas de Protección Internacional”, organizado por la Agencia de la ONU para los Refugiados (ACNUR); la Asociación Mexicana de Impartidores de Justicia, A.C. (AMIJ); la Relatoría sobre los Derechos de los Migrantes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH); Hispanics in Philanthropy (HIP), la Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los

adhirió el Juez Reboredo- revocó la sentencia de primera instancia que, a su turno, había convalidado la expulsión de un ciudadano peruano dispuesta por la DNM. La expulsión tuvo su origen en una condena penal a 4 años, hecho que encuadra en el art. 29 inc. C citado. Aquel petitionó la dispensa, con motivo de la reunificación familiar –compuesta por una mujer y dos hijos-, la cual fue denegada por la DNM.

En lo que aquí interesa resaltar, la Cámara tuvo por comprobado que la situación del expulsado se subsumía en el 29 inc. c citado, y también razonó que la dispensa es una facultad discrecional de la administración, y como tal –de consuno con el criterio senado también largamente por la CSJN- vedado en principio del control judicial. Pero en cambio, el Tribunal -aplicando una interpretación sistémica,- tomó en cuenta tanto la LM, como diversas leyes y convenios internacionales ratificados por el país -destacando especialmente la Convención sobre los Derechos del Niño-, y en consecuencia anuló el acto administrativo de expulsión, por cuanto aquél no examinó los derechos de los niños comprometidos. Es decir, identificó como incumplida la carga argumentativa que el caso requería, motivo por el cual concluyó que la motivación del acto administrativo –un elemento esencial- no se encontraba satisfecha. También la Cámara afirmó que la solución a la cual llegaba no pretendía enervar la eficacia de la LM, sino que era un corolario de las diversas obligaciones que ha asumido el Estado en la materia, cuyo incumplimiento puede derivar en responsabilidad internacional.

2.1.1. OTROS LINEAMIENTOS SENTADOS POR LA CFALP.

Las diversas Salas de la CFALP han tenido ocasión de determinar en distintos antecedentes numerosos aspectos que hacen al control judicial lo los actos de expulsión de la DNM, tanto confirmándolos como invalidándolos. A continuación, y en forma muy sintética por cuestiones de espacio, algunos de estos últimos supuestos: 2.1.1.2) **Nulidad por falta de debida motivación del acto:** a) Deficiencia en la motivación del acto respecto a las implicancias en los derechos de los niños y niñas de la expulsión de su padre o madre²¹ ; b) revocación de una expulsión por ingreso irregular al territorio nacional de una mujer que acompañó un “precontrato de trabajo” y que asimismo se encontraba embarazada, al no considerarse ninguno de ambos extremos en el acto administrativo²²; 2.1.1.3) **Nulidad del procedimiento administrativo:** a) El accionar de la DNM no resguardó de manera adecuada el derecho de la actora a ser oída, con asistencia letrada debida y oportuna, atento que la presentación

Derechos Humanos (ONUDH); la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CoIDH), ONU Mujeres, la Organización Panamericana de la Salud, la Organización Internacional para las Migraciones, la Organización Internacional del Trabajo (OIT), el Instituto de la Judicatura Federal, la Comisión de Derechos Humanos de la Ciudad de México (CDHCM), la Comisión Nacional de Derechos Humanos así como la Suprema Corte de Justicia de la Nación y Sin Fronteras, IAP, (más información en <https://www.acnur.org/noticias/press/2019/11/5dc045124/argentina-mexico-y-costa-rica-reciben-primeros-lugares-en-premio-sentencias.html> , fecha de consulta mayo de 2022).

²¹ Sala I, causas FLP N° 73113/2018/CA1, caratulado “Cori Mamani, Carlos c/ Dirección Nacional de Migraciones s/ recurso directo a Juzgado”, sentencia del 22 de marzo de 2019 y FLP 84916/2017 “Rodríguez Fernández, Joselyn Isabel C/ Dirección Nacional De Migraciones S/ Recurso Directo A Juzgado”, sentencia del 4 de julio del 2019

²² FLP 65714/2018/CA1, caratulado “y., z. C/ Direccion Nacional de Migraciones s/ contencioso administrativo-varios” Sala II, sentencia del 4 de abril del 2019

con letrado lo fue luego de dictado el acto de expulsión²³ ; b) Falta de conminación a regularizar la situación migratoria ²⁴; c) nulidad por falta de transcripción del art. 86 texto según DNU a los fines de hacerle saber que puede contar con asistencia jurídica²⁵; 2.1.1.4.) **Inconstitucionalidad DNU 70/17**. El art. 29 in fine –texto según Decreto de Necesidad y Urgencia 70/2017²⁶- resulta inconstitucional en cuanto dispuso la inviabilidad de considerar la dispensa por razones humanitarias/de reunificación familiar a un caso como el de autos –condena mayor a 3 años-²⁷.

3. JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN.

En “**Zhang Hang**”²⁸, y en lo que aquí interesa resaltar, la Corte tuvo en cuenta que la nueva ley de Política Migratoria Argentina, N° 25.871, no sólo derogó la norma bajo la cual se había denegado la solicitud de ingreso al país (“...una conducta proclive al delito...”), regulando causales objetivas de impedimento de ingreso y permanencia, sino que también estableció una variación sustancial de los objetivos a tener en cuenta para la admisión de extranjeros –entre ellos, el derecho a la reunificación familiar, arts. 3 inc d, y 10 de la LM-.

Posteriormente, en “**Apaza León**”²⁹, a raíz de la expulsión de un inmigrante condenado a 1 año y seis meses de prisión en suspenso por tentativa de robo en poblado y en banda , la cuestión legal a decidir era si el tope de 3 años previsto en el inciso c del artículo 29 de la Ley Migratoria abarcaba tanto a las condenas como los antecedentes penales, o solo respecto de estos últimos (confusión generada por la partícula “o” contenida en ese inciso, y sobre la cual existía una jurisprudencia contradictoria en los diversos tribunales federales inferiores del país). Allí La Corte revocó la sentencia del Tribunal inferior y decidió que la situación del Señor Apaza León no se subsumía en esa norma [y en consecuencia, no correspondía la expulsión ordenada por la DNM]. Para arribar a tal conclusión, el Címero Tribunal efectuó una interpretación *sistémica* de esa norma en conjunto con el resto de las causales de impedimento establecidas en el artículo 29, y de esa forma consideró que el uso de la disyuntiva "o" en el texto del artículo 29 inciso c citado no evidenciaba que el legislador buscara que dicha disyunción operase como excluyente entre "antecedente" y "condena".

²³ expte. N° 90945/2017/CA1, caratulado “Z. C., C. L. c/ Dirección Nacional de Migraciones s/ recurso directo a juzgado”, Sala II, sentencia del 30 de agosto del 2018

²⁴ FLP 143188/2018/CA1 caratulado “XU, XIAOHONG c. Dirección Nacional de Migraciones s/ contencioso administrativo-varios”, Sala III, sentencia del 26 de septiembre de 2019

²⁵ causa “Y., W. c/ Dirección Nacional de Migraciones s/ Contencioso Administrativo - Varios”, Sala II sentencia del 13 de noviembre de 2019

²⁶ El DNU N° 70/2017 fue derogado en el año 2021 por el Decreto N° 138/2021.

²⁷ expte. N°FLP 556/2018/CA1 caratulado “K I, T K c/ Dirección Nacional de Migraciones s/ Recurso directo a juzgado”, Sala II, sentencia del 29 de noviembre de 2019

²⁸ CSJN, sentencia del 23/10/2007 Fallos 330:4554.

²⁹ Causa “Apaza León, Pedro Roberto c/ EN - DNM disp. 2560/11 (exp. 39.845/09) s/ recurso directo para juzgados”, CSJN, sentencia del 8 de mayo del 2018.

Otro importante precedente fue “**Barrios Rojas**³⁰”, donde el Máximo Tribunal resolvió dejar sin efecto una sentencia que, a su turno, había decidido revocar la de primera instancia y declarar la nulidad de la resolución del Ministerio del Interior 561/2011 por considerar que en el caso se presentaba un supuesto de reunificación familiar de la inmigrante (integrado por su pareja, dos hermanos, su madre, su hijo, sus nietos y sus sobrinos, se encontraba radicado en el país). Allí la Corte tuvo ocasión de sentar su doctrina respecto al alcance e interpretación plausible de la dispensa **por razones humanitarias o de reunificación familiar, aclarando que su concesión por parte de la administración es discrecional, y constituye una excepción a la regla de la expulsión y como tal debe ser especialmente motivada** (considerando 10°, énfasis agregado). De esa forma, descalificó la sentencia cuestionada, alegando que “[l]a decisión de la cámara no toma en cuenta lo exigido por la ley e implica, en la práctica, **ignorar que la concesión de una dispensa para permanecer en el país es discrecional para la administración y que solo puede ser concedida de modo excepcional y mediante resolución especialmente fundada**”, motivo por el cual entendió que la decisión del Tribunal inferior implicaba una indebida sustitución de las facultades de la autoridad administrativa, y que a su vez, había ingresado en su núcleo de discrecionalidad, atribuido legislativamente (considerandos 11° y 12°, énfasis agregado).

La interpretación sobre el alcance de la dispensa por razones humanitarias o de reunificación familiar prevista en el artículo 29 en examen, sentada en “Barrios Rojas”, fue reiterada por el Alto Tribunal –mediante remisión a dicho precedente- en “Peralta Crispin” (Fallos: 344:3683) y “Otoya Piedra³¹” (Fallos: 344:3600).

4. A MODO DE CONCLUSIÓN.

En el presente trabajo intentamos dejar presentados algunos de los lineamientos generales sobre el marco normativo que rige la materia de expulsión de inmigrantes en Argentina, como asimismo, las tensiones que ello genera sobre los derechos humanos de los inmigrantes, al tiempo de petitionar que se conceda la *dispensa* de las órdenes de expulsión por razones de reunificación familiar.

En el entendimiento que un estudio de este tipo no debe soslayar la importancia de la interpretación en sede judicial y la aplicación en concreto de las normas descriptas, se ha visto asimismo la importancia capital que posee para el

³⁰ “Barrios Rojas, Zoyla Cristina c/ EN ?DNM resol. 561/11- (exp. 2091169/06 (805462/95)) y otro s/ recuso directo para juzgados”, CSJN, sentencia del 24/09/2020, Fallos: 343:990

³¹ En “Otoya Piedra”, la Corte sostuvo que “*si bien el actor planteó en sede administrativa la dispensa por razones de reunificación familiar invocando meramente los vínculos familiares, la administración, en uso de sus facultades discrecionales, resolvió no admitir esa excepción sobre la base de la entidad y gravedad del delito por el que fue condenado. En estos términos, la negativa a conceder la dispensa, que es excepcional, fue adoptada dentro del ámbito de valoración que la ley atribuye a la autoridad de aplicación y encuentra suficiente motivación en la mención de aquella circunstancia que se formuló en los considerandos de los actos administrativos cuestionados en autos. Máxime cuando en el sub examine no se advierte una injerencia arbitraria en las relaciones de familia o la adopción de criterios discriminatorios. En este contexto, es posible afirmar que la interpretación asignada por el a quo al derecho de reunificación familiar no se compadece con el propósito perseguido por el legislador al aludir a parámetros ajenos al criterio restrictivo que debe primar al interpretar una facultad discrecional de orden excepcional*” (considerando 9°, énfasis agregado).

derecho procesal estos tópicos, a través de la jurisprudencia del fuero federal. La complejidad de las cuestiones debatidas implican –no exclusiva, pero si neurálgicamente- que los operadores jurídicos, al enfrentarse un caso de este tipo, tomen en consideración los siguientes aspectos: 1) DD. HH de la persona sometida a un procedimiento de expulsión, que haya podido contar con asistencia jurídica, con un intérprete –en caso de necesitarlo-, haber sido debidamente notificado, etc. 2) facultades discrecionales y motivación del acto administrativo: Si bien la dispensa del art. 29 de la LM es una facultad excepcional y discrecional de la DNM, cuando es peticionada, la jurisprudencia de las Cámaras Federales tuvo hasta el presente una *postura amplia* de revisión de la razonabilidad del acto administrativo que la rechazaba, ordenándole a la DNM que explicita en su motivación que aquella situación ha sido debidamente considerada y ponderada –y declaró nulo los actos que así no lo hicieron-, 3) separación de poderes: como desprendimiento del punto 2, el poder judicial tiene que ejercer un debido contralor de que se cumplimenten los parámetros y estándares en la materia en los procedimientos que lleve adelante la DNM, puesto que incluso puede verse comprometida la responsabilidad internacional del Estado. Pero asimismo, no puede suplir el criterio de la DNM –tal como dijera la CSJN- por una mera discordancia, debiendo mostrar una debida deferencia en resguardo no solo de la separación de poderes sino asimismo del criterio que orienta el accionar del organismo altamente especializado en la materia migratoria que posee facultades al efecto –otorgadas por ley del Congreso Nacional-; 4) Del examen de numerosos actos administrativos emitidos por la DNM, se advierte cierta tendencia a utilizar *argumentos genéricos* que desatienden las particularidades del caso al momento de no hacer lugar a la dispensa. Entendemos que, si bien resulta motivo suficiente la entidad o gravedad de un delito para denegarla –por su carácter excepcional y discrecional, tal como fuera convalidado por parte de la CSJN- sería de buena práctica una argumentación mayor que permita al inmigrante una comprensión mejor y cabal de sus actos y las consecuencias sobre su situación migratoria; 5) Entiendo necesaria una reforma a la LM que permita que la expulsión de inmigrantes transite un andamiaje recursivo más eficaz (tanto en sede administrativa como posteriormente judicial). Sin pretensión de exhaustividad, algunos de los temas que deberían ser tomados en cuenta en esa eventual reforma son: 5.1.) que se reglamenten aspectos que hacen a la motivación del acto administrativo; 5.2) las diversas vicisitudes procesales que se han planteado desde la sanción de la ley en este tipo de causas, y que no están previstas –o lo están parcialmente- ha generado numerosas dificultades interpretativas a los operadores judiciales ante estos casos concretos -como por ejemplo el beneficio de litigar sin gastos³², o la apelación de la sentencia de

³² “HOPE CASILLA, ERVIN s/BENEFICIO DE LITIGAR SIN GASTOS”, CSJN, sentencia del 28/12/2021, Fallos: 344:3749, en donde se hizo referencia a la aplicación supletoria del CPCCN.

primera instancia³³- lo cual supone que ante la falta de reglas claras, se litigue innecesariamente sobre diversos aspectos, alargando indebidamente el proceso para el inmigrante -afectando su derecho a ser juzgado en un plazo razonable- y generando una utilización deficiente de recursos valiosos del poder judicial - tiempo, afectación de personal, recursos pecuniarios del erario público destinados a su elucidación, etc.-; 6) Se requiere de un aceitado intercambio de información y colaboración internacional entre los diversos Estados sobre el punto³⁴, atento la índole de las cuestiones discutidas; 7) A riesgo de fatigar, pienso que los precedentes de la CSJN dictados en último tiempo³⁵, otorgan una especial deferencia tanto al legislador como a la autoridad competente. Como muestra de ello, basta observar que se ha vedado a los tribunales la interpretación “creativa” o “analogica” de causales de expulsión por fuera de las previstas en el art. 29 de la LM³⁶. Por otro lado, al destacar que la dispensa es una facultad excepcional y discrecional de la DNM propugna una visión *universalista* de esos casos, en el entendimiento que si se garantizaron los derechos a un debido proceso no le es dable al Poder Judicial adentrarse –*prima facie*- en las consideraciones sobre el acierto o no de la denegación de la dispensa en cada situación particular donde se citaron o pudieron citarse razones humanitarias o de reunificación familiar.

³³ en la causa “Ojeda Hernández, Luis Alberto s/causa n° 2739/12”; CSJN, sentencia del 10/07/2014 se resolvió que correspondía revocar la sentencia de cámara que desestimó la queja por la denegación del recurso de apelación intentado contra la sentencia de primera instancia que confirmó la resolución del Ministerio del Interior que ordenó la expulsión del recurrente del país, por considerar que el remedio judicial previsto en el título VI de la ley 25.871 permitía la revisión de lo actuado en sede administrativa en una única instancia jurisdiccional si el ordenamiento no contiene una norma expresamente restrictiva que impida a la cámara conocer, como natural tribunal de la 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).

³⁴ Prueba de ello resulta ser la medida para mejor proveer por la CFALP, Sala I, dictada el 27 de diciembre de 2018 en la causa N° FLP 8633/2018/CA1, caratulada: “V.R. Y. C/ DIRECCION NACIONAL DE MIGRACIONES S/ RECURSO DIRECTO A JUZGADO”, en el cual se requirió a la República de Colombia –sin obtener respuesta- en virtud de los convenios vigentes entre ambos países (conf. “Acuerdo de Asistencia Judicial en materia Penal entre la República Argentina y la República de Colombia”, aprobado por ley N° 25348) que tenga a bien brindar información sobre el inmigrante (que poseía antecedentes penales en ese país, pero no debidamente especificados en las actuaciones).

³⁵ Abonando las conclusiones explicadas en mi anterior ponencia, citada *ut supra*, -al igual de lo que ocurre en tantas otras materias- baste ver que la Corte ha utilizado el precedente “Huang, Qiuming”, sentencia del 7 de diciembre de 2021 (Fallos: 344:3580), para decidir al tiempo de escribir estas líneas, 130 causas sustancialmente análogas (esto es, expulsión de inmigrantes que ingresaron irregularmente al territorio nación), por remisión aquel

³⁶ En “Roa Restrepo” la corte sostuvo que la causal impediende para la permanencia en el país que justificó la orden de expulsión expresada por la DNM no podía ser *reemplazada* en sede judicial por una distinta, que ni siquiera fue considerada por la autoridad administrativa; pues la determinación de las razones que obstan a la permanencia de un migrante en el país corresponde, según la ley 25.871, a la autoridad migratoria y en consecuencia, la legalidad de esa decisión solo debe juzgarse en base a los motivos que expresa, y no de otros. (causa “ROA RESTREPO, HENRY c/ EN-M INTERIOR OP Y V-DNM s/RECURSO DIRECTO DNM”; CSJN sentencia del 06/05/2021, Fallos: 344:1013)