

Los principios de derechos humanos como límites a las políticas migratorias: avances y retrocesos en la legislación argentina

*Guillermo F. Treacy**

Resumen

En este artículo nos proponemos examinar algunos principios de Derechos Humanos provenientes del bloque de constitucionalidad federal y el modo en que podrían ser aplicados en materia migratoria. En primer lugar se realiza un examen de dos paradigmas legislativos en esta área (el de derechos humanos y el de seguridad) y cómo han sido recogidos en la legislación argentina a lo largo de nuestra historia. A continuación se repasan los principios más relevantes que deben ser tenidos en cuenta, como exigencia emanada del artículo 75.22 de la Constitución Nacional, tanto por la autoridad administrativa como por los tribunales judiciales que revisan sus decisiones. Tales principios influyen tanto en los procedimientos relacionados con la expulsión de extranjeros como en el contenido de las decisiones que se adopten al respecto. Se postula que más allá de contingentes políticas legislativas en materia migratoria, existe un corpus de derechos fundamentales, que provienen tanto de la Constitución Nacional como de los instrumentos

* Abogado (UBA), Master of Laws (Harvard Law School), Especialista en Derecho Administrativo y Administración Pública (UBA), Profesor Titular de Derecho Administrativo (UNPAZ y UNDAV), Profesor Adjunto de Derecho Constitucional (Facultad de Derecho, UBA). En lo profesional, se desempeña como Juez de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal; guillermotreacy@derecho.uba.ar.

El presente artículo se basa en las presentaciones realizadas por el autor en las III Jornadas sobre Migraciones de la Universidad Nacional de José C. Paz en el panel Migraciones y Derechos Humanos el 24 de mayo de 2019 y en la Jornada sobre Derecho Administrativo y Derecho Migratorio en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires el 26 de agosto de 2019. Agradezco a Mariana Pucciarello y a Matías Pascual por la lectura y comentarios a este artículo. Desde luego, los errores son míos.

internacionales de derechos humanos, que limitan la capacidad del Estado de introducir una perspectiva securitaria en nuestra legislación.

Palabras clave: migraciones, derechos humanos, bloque de constitucionalidad, expulsión de migrantes, procedimiento migratorio, debido proceso.

Human Rights Principles as Limits to Migratory Policies: Progress and Setbacks in Argentine Legislation

Abstract

In this paper we discuss some Human Rights principles embodied in the federal constitutionality block and how they could be applied in regard to migrations. First we describe two paradigms that can be found in this area (the human rights paradigm and the security paradigm) and their reception in Argentine laws. Then we revise the more relevant principles that must be considered both by administrative authorities and judicial courts, as required by article 75.22 of the National Constitution. These principles are relevant in procedures leading to the expulsion of aliens and in the substantive decisions adopted in these matters. We finally argue that whatever the migratory policy is, there is a body of fundamental rights contained in the Constitution and in international instruments of human rights that limit the ability of the State to introduce a national security perspective in our legislation.

Keywords: Migrations, Human Rights, Constitutionality Block, Deportation of Migrants, Migratory Procedure, Due Process.

I. Introducción

El propósito de este artículo es examinar el modo en que los instrumentos internacionales de derechos humanos impactan –o deberían impactar– en las normas sobre migraciones y en la interpretación que de ellas haga la autoridad migratoria y, eventualmente, los tribunales judiciales que revisan sus decisiones.

Es sabido que la Constitución Nacional ha incorporado una serie de instrumentos internacionales de derechos humanos, apertura que ha tenido un efecto expansivo hacia todas las normas del ordenamiento jurídico. Estas normas internacionales, algunas de las cuales poseen jerarquía constitucional (art. 75.22 CN), constituyen en primer lugar un freno para el legislador. De este modo, el principio de razonabilidad adquiere nuevos sentidos a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que impiden que se regule la materia migratoria siguiendo un paradigma de seguridad, desconociendo las directrices que emergen de los tratados internacionales en la materia.¹

En un contexto en que prevalece una visión oficial más propensa a ver al migrante como un problema de seguridad estatal, la situación precaria de estos –en tanto “personas sin derechos”, como las llama Ferrajoli–² hace que la aplicación de principios provenientes de los instrumentos internacionales de derechos humanos adquiera particular relevancia.

II. Dos paradigmas en la legislación migratoria

Como anticipamos en la sección anterior, existen dos paradigmas o modelos que pueden hallarse en la legislación migratoria. Por un lado, podemos mencionar el *paradigma de derechos humanos* y, por otro, el *paradigma securitario o de seguridad interior*. En el estado actual de nuestra legislación migratoria, en especial luego de las reformas introducidas por el Decreto de Necesidad y Urgencia N°70/2017 en la Ley N°25.871, puede decirse que estas visiones antitéticas coexisten, que en lo judicial se traducen en dificultades interpretativas frecuentes.

Ahora bien, el paradigma de derechos humanos posee las siguientes características:

1. La contraposición de estos dos paradigmas puede verse en el caso de la Ley N°25.871, norma que puede enrolarse en un paradigma de derechos humanos, y la modificación realizada por conducto del Decreto de Necesidad y Urgencia N°70/2017, cuya motivación enfatiza aspectos vinculados con los delitos que cometan los extranjeros que ingresan al país, incluso mediante la invocación de estadísticas sesgadas, que exageran la intervención de extranjeros en hechos delictivos.

2. L. Ferrajoli, *Manifesto per l'uguaglianza*. Bari, Laterza, 2018. Ver especialmente Capítulo 7, p. 196 y ss.

- Se reconoce la migración como derecho humano.
- Se reconocen los derechos de las personas migrantes en un pie de igualdad con los nacionales, sin distinciones en razón de su “origen nacional”.
- Se tiende a que las personas puedan regularizar su situación migratoria, facilitándose la realización de los trámites necesarios a tal fin.

Desde la perspectiva securitaria, la cuestión migratoria es vista como un tema de seguridad interior, de modo que las políticas públicas en la materia asumen los siguientes perfiles:

- Se asigna un valor primordial a la seguridad interior, lo que lleva a que el Estado ejerza en forma intensa sus funciones de policía migratoria, a través del control del ingreso y permanencia de personas extranjeras.
- Se utiliza el control policial como herramienta central del control migratorio.
- Se criminaliza la situación migratoria irregular.
- La detención de personas en situación irregular constituye un elemento central en la política migratoria.

Creemos que puede sostenerse con buenas razones que en nuestro país la Constitución recoge el paradigma de derechos humanos, el cual se ha visto reforzado luego de la reforma de 1994 (en materia migratoria como en tantos otros ámbitos), al atribuir jerarquía constitucional a los instrumentos internacionales de derechos humanos mencionados en el artículo 75 inciso 22 CN. En este sentido, ya desde el Preámbulo de la Constitución histórica se menciona a “todos los hombres del mundo que quieran habitar el suelo argentino”. Pero además, el artículo 25 se refiere al fomento de la inmigración,³ norma que debe ser complementada con los artículos 75 inciso 18 y 125, en tanto establecen que la promoción de la inmigración constituye un instrumento de la política de progreso del país, tanto en el ámbito federal como provincial, respectivamente.

3. Para ello se prevé que el Gobierno federal “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 ensañar las ciencias y las artes”. La norma se refiere a la inmigración *europa*, pero una interpretación dinámica permite relativizar tal recaudo.

A este marco deben añadirse los artículos 14, 16, 17, 18 y 19 de la Ley Fundamental, en tanto consagran derechos para “todo habitante”, mientras que el artículo 20 refuerza estos principios, al establecer explícitamente la equiparación de nacionales y extranjeros en el goce de los derechos civiles. Esta universalidad de los derechos fundamentales contenidos en la Constitución se complementa con las normas internacionales de derechos humanos integrantes del bloque de constitucionalidad (art. 75 inc. 22 CN), en tanto colocan como sujeto de derecho a “toda persona”, sin discriminación.⁴ En definitiva, este plexo de normas permite postular que en Argentina la política migratoria debe ser inclusiva y favorable a la recepción de migrantes, sin perjuicio de las restricciones *razonables* que el Estado puede sin duda establecer. Es decir, la legislación migratoria debe estar en consonancia con el paradigma de derechos humanos.

III. El derecho humano a migrar

¿Existe un derecho humano a migrar? Desde el punto de vista del derecho internacional, los tratados de derechos humanos no parecen reconocerlo, aunque ello no significa que en los contextos de movilidad las personas carezcan de protección. Como hemos señalado precedentemente, en nuestro país, ya desde la Constitución se promueve la incorporación de personas extranjeras a la vida nacional, por medio de una serie de normas protectoras de sus derechos.

Sin embargo, en el ámbito internacional no existe un reconocimiento del derecho de una persona a *establecerse* en un país de su elección, distinto del de su nacionalidad. A lo sumo, las normas prevén la libertad de circulación, que no necesariamente implica el derecho a escoger el lugar de residencia. Si bien la Declaración Universal de Derechos Humanos establece que “toda

4. Es cierto que algunas disposiciones aluden a los *ciudadanos* como titulares de ciertos derechos, como lo hacen el artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en relación con los derechos políticos. Pero aun en ese caso, la Corte Suprema ha sostenido que tales normas restrictivas no pueden prevalecer, en tanto el artículo 16 CN consagra el derecho de acceder al empleo público con mayor amplitud, pues lo pone en cabeza de “cualquier habitante”, siempre que cumpla los requisitos de idoneidad que se establezcan (Fallos 329:2986 - *Gottschau*, considerando 10).

persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un país” (art. 13), lo cierto es que el sentido de esta disposición debe armonizarse con el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, conforme al cual “toda persona *que se halle legalmente* en el territorio de un Estado tendrá derecho a circular por él y a escoger libremente en él su residencia” (lo destacado no es del original). En el ámbito interamericano, el Pacto de San José de Costa Rica regula este derecho de un modo análogo, aunque establece límites a las facultades de los Estados de restringir este derecho.⁵ Por lo tanto, la clave reside en establecer quién define la legalidad de la permanencia de una persona extranjera dentro de un Estado. La respuesta es que, por ahora, los Estados no han renunciado a su potestad de definir quiénes pueden ingresar y residir en su territorio.

En esa línea, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido el derecho de los Estados de fijar sus políticas migratorias, y en consecuencia, de establecer mecanismos de control de ingreso a su territorio y salida de él con respecto a personas que no sean nacionales suyas, aunque lo ha hecho con una importante modulación: ello es así, siempre que dichas políticas sean compatibles con las normas de protección de los derechos humanos establecidas en la Convención Americana. En ese sentido, se recordó que, si bien los Estados conservan un ámbito de discrecionalidad en cuanto a la fijación de tales políticas, ellas deben ser compatibles con los derechos humanos de las personas migrantes.⁶

Por lo tanto, es posible adelantar que, aun cuando no se haya configurado nítidamente un derecho humano a migrar en los instrumentos

5. Así, admite la restricción del derecho de circulación y de residencia “en virtud de una ley, en la medida indispensable en una sociedad democrática, para prevenir infracciones penales o para proteger la seguridad nacional, la seguridad o el orden públicos, la moral y la salud públicas o los derechos y libertades de los demás” (art. 22.3), así como la restricción de esos derechos en determinadas zonas, con base en ley y “por razones de interés público” (art. 22.4). Específicamente en relación con los extranjeros, se admite la posibilidad de expulsarlos, aun hallándose legalmente en el territorio de un Estado, “en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley” (art. 22.6), aunque con el límite de que esa expulsión no puede realizarse a un país en el que “su derecho a la vida o a la libertad personal está en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas” (art. 22.8). Asimismo, se prohíbe la expulsión colectiva de extranjeros (art. 22.9).

6. CtIDH, caso *Vélez Loor vs. Panamá*, sentencia de 23 de noviembre de 2010, párr. 97.

internacionales de derechos humanos, quienes por una razón u otra se encuentran en un Estado del que no son nacionales, tienen derecho a que se respeten sus derechos humanos, lo cual implica un límite al derecho de los Estados a expulsar personas extranjeras.

IV. Observaciones preliminares acerca de la legislación migratoria argentina

El programa constitucional fue implementado por la Ley de Inmigración y Colonización N°817 dictada en 1876 bajo la presidencia de Avellaneda. En ella se facilitaba la instalación de extranjeros, con disposiciones acerca del alojamiento, manutención y traslado dentro del país; se creaban además oficinas de empleo para proporcionarles trabajo y evitar que se abusara de ellos. También establecía las condiciones que debían cumplir los buques de altamar para trasladar inmigrantes y el procedimiento de desembarco, incluyendo la verificación de la documentación y sanitaria. Por otra parte, se creaba y organizaba un sistema de agentes y comisiones en el exterior, para promover la inmigración al país.

Las normas de esta ley, sin ser derogadas, sufrieron los embates de otras concepciones, que empezaban a ver en la inmigración un “problema”. Tal fue el caso de la llamada Ley de Residencia de 1902, que legitimó el accionar discrecional del Poder Ejecutivo en esta materia, permitiéndole la detención o expulsión de extranjeros sin control judicial. La Ley de Defensa Social de 1910 fue concebida para combatir la ideología anarquista y tuvo un carácter fuertemente represivo hacia la población migrante. También fueron dictándose a lo largo del pasado siglo una serie de reglamentos por el Poder Ejecutivo que fueron restringiendo la admisión de extranjeros, a medida que disminuía la migración de origen europeo y aumentaba la procedente de países limítrofes.⁷ Este período alcanza su punto culminante con el dictado en 1981 de la Ley N°22.439 (denominada “Ley Videla”), que derogó la legislación preexistente y sistematizó las normas en esta materia. Puede decirse que constituyó la norma más representativa del paradigma securi-

7. Al respecto, pueden mencionarse los Decretos-leyes N°4805/63 y 17.292/67 (de “Represión de la Inmigración Clandestina”).

tario que había ido desarrollándose a lo largo del siglo pasado.⁸ Esta norma estaría destinada a regir durante buena parte del período democrático posterior a la finalización de la última dictadura en 1983.

La Ley N°25.871, dictada en 2004, incorpora principios de derechos humanos en la normativa migratoria.⁹ En particular, considera el derecho a la migración como un derecho humano –lo cual, como hemos visto, no está garantizado por las normas internacionales–, se consagra el derecho de personas procedentes del exterior y sus familias a acceder, en igualdad con los nacionales, a los servicios sociales, bienes públicos, salud, educación, justicia, trabajo, empleo y seguridad social. La norma aclara que la irregularidad migratoria no es impedimento para ingresar a un establecimiento educativo, de cualquier jurisdicción y nivel de enseñanza. También se establece que no se puede negar o restringir el acceso al derecho a la salud, a la asistencia social o a la asistencia sanitaria, cualquiera fuera la situación migratoria de la persona. Asimismo, la ley promueve que las personas regularicen su situación migratoria y que las autoridades les proporcionen asesoramiento legal a tal fin.¹⁰

8. En tal sentido la ley asignaba amplias facultades a la Dirección Nacional de Migraciones para controlar el ingreso, egreso y permanencia de extranjeros, pudiendo expulsarlos; también podía disponer el allanamiento de lugares donde se sospechara la presencia de inmigrantes ilegales, detenerlos y expulsarlos. La ley obligaba a médicos, escribanos, maestros, comerciantes u oficinas públicas a denunciar a los inmigrantes ilegales, prohibía a los particulares darles alojamiento. También impedía admitir como alumnos de enseñanza media o superior a alumnos que no acreditaran su condición de residentes permanentes o temporarios. Asimismo, prohibía dar a los inmigrantes en situación irregular darles trabajo u ocupación remunerada.

9. Sobre los antecedentes de la ley, cabe remitirse a los fundamentos del proyecto, publicados en R. Giustiniani, *Migración, un derecho humano: Ley de Migraciones N°25.871*, Buenos Aires, Prometeo Libros, 2004, pp. 19 y ss. En la misma publicación, acerca de la génesis de la ley, puede verse S. Novick, “Una nueva ley para un nuevo modelo de desarrollo en un contexto de crisis y consenso”, p. 67. El cambio de perspectiva que significó la ley y la influencia de distintas organizaciones no gubernamentales en su elaboración puede verse en: P. Ceriani Cernadas y D. Morales, *Argentina: Avances y asignaturas pendientes en la consolidación de una política migratoria basada en los Derechos Humanos*, s/l, Federación Internacional de Derechos Humanos - Centro de Estudios Legales y Sociales, 2011, pp. 8, 26 y ss.; disponible en: <https://www.cels.org.ar/web/wp-content/uploads/2011/02/Argentina.-Avances-y-asignaturas-pendientes-en-la-consolidacion.pdf>; consultado en noviembre de 2019.

10. No obstante, la norma no ha estado exenta de críticas, tanto en algunos de sus contenidos como en aspectos de técnica legislativa. En tal sentido, véase A. Gordillo, “El

El último eslabón que debemos mencionar en este rápido examen de la evolución legislativa en esta materia está dado por el Decreto de Necesidad y Urgencia N°70/2017.¹¹ Si bien no se deroga la ley en su totalidad, se suprimen o modifican algunas de sus disposiciones. Entre otros aspectos, se simplifica el sistema recursivo administrativo (pues se establece una única instancia recursiva), se abrevian plazos y se regula un procedimiento sumarísimo a los fines de revisar en sede judicial los actos administrativos de expulsión. Ello implica una sustancial limitación en el derecho de defensa (por ej., se establecen plazos fugaces de tres días para recurrir en sede administrativa y, eventualmente, en sede judicial). También se restringen las facultades de control judicial sobre esos actos de la autoridad migratoria. Otro aspecto es que se amplían las causales que permiten revocar la permanencia de personas extranjeras en el país. La norma invoca en su motivación explícitamente estadísticas que vinculan a los extranjeros con la comisión de delitos, aunque la interpretación que se realiza de esos datos presenta debilidades y no aparece debidamente justificada. No obstante la urgencia invocada para dictar el decreto, derivada de una alegada “emergencia de seguridad”, el Congreso aún no le ha dado tratamiento a fin de examinar su validez, como lo prescribe la Ley N°26.122.¹²

inmigrante irregular de la ley 25.871. Otra modificación transversal al derecho argentino”, en *La Ley*, 2004-B, p. 1123.

11. Una comparación entre los contenidos de la ley y del decreto de necesidad y urgencia que la modificó puede verse en A. P. Penchaszadeh y L. E. García, “Política migratoria y seguridad en Argentina hoy: ¿el paradigma de derechos humanos en jaque?”, en *URVIO Revista Latinoamericana de Estudios de Seguridad*, 2018, N°23, esp. pp. 100-104; disponible en: <https://revistas.flacsoandes.edu.ec/urvio/article/view/3554/2444>; consultado en noviembre de 2019.

12. Cabe consignar que en su momento la Comisión Bicameral Permanente se reunió a fin de examinar el decreto en dos oportunidades, en que fueron escuchadas las entidades de la sociedad civil, entre otras, pero no se produjo ningún dictamen. Tampoco se abocaron las Cámaras del Congreso a fin de darle tratamiento, al punto que, luego tres períodos legislativos completos, no se ha tratado el tema. En virtud de lo que dispone la Ley N°26.122, al no existir un rechazo expreso de ambas Cámaras, el decreto se mantiene en vigencia.

V. Las normas sancionadoras en la legislación migratoria

La legislación migratoria argentina contiene disposiciones que conforman un sistema de sanciones de carácter administrativo. Ellas son decididas por una autoridad administrativa en primer lugar (en nuestro país, la Dirección Nacional de Migraciones y, eventualmente el Ministerio del Interior), pero dichas decisiones son revisables en sede judicial.

Al detectar a una persona extranjera en situación irregular,¹³ la autoridad migratoria puede decidir su *expulsión*, medida que por lo general viene acompañada por la *prohibición temporal o permanente de reingreso* al país. De este modo, nos hallamos frente a dos sanciones administrativas, que traducen en cierta medida el ejercicio del *ius puniendi* del Estado. A estas dos medidas deben agregarse medidas de coerción personal: a fin de ejecutar la orden de expulsión, la autoridad administrativa puede solicitar a un juez que ordene su *retención* hasta que pueda materializarse la expulsión del país. Incluso, la reforma realizada en 2017 permite solicitar esta medida con carácter preventivo antes de que la decisión de expulsión se encuentre firme. Es decir, se trata de una especie de medida cautelar mientras se sigue el procedimiento administrativo. Desde luego, dado que la retención (ya sea preventiva o ejecutiva) implica una afectación de la libertad física del extranjero, en todos los casos resulta necesaria la previa orden judicial para ser válida.

Cabe aclarar que las mencionadas no agotan el elenco de sanciones administrativas que contempla la legislación migratoria, pero acotaremos nuestro análisis a ellas, por ser las específicamente aplicables a personas migrantes.¹⁴

13. La ley 25.871, en su texto actualmente vigente, establece en su artículo 29 las “causas impeditivas del ingreso y permanencia de extranjeros”. Ante la configuración de alguna de esas causales, la autoridad migratoria podría impedir el ingreso o, en su caso, cancelar la residencia y disponer la expulsión de la persona extranjera del país, con prohibición de reingreso.

14. La ley se refiere además a los responsables de los medios de transporte de personas, que transporten a pasajeros o tripulantes en condiciones no reglamentarias, previendo multas para el caso de incumplimiento de sus obligaciones y la eventual obligación de transportarlos a su cargo fuera del país (arts. 38-50). También se refiere a las personas que dieran trabajo o alojamiento a personas que residan irregularmente en el país, y prevé

Ahora bien, se ha postulado que en materia de sanciones administrativas resultan de aplicación los principios que rigen en materia penal. Al respecto, se ha dicho en general que dicha aplicación puede realizarse, pero *con matices*, como forma de atenuar una aplicación irrestricta de tales principios.¹⁵ Tal modulación, que puede ser razonable en contextos disciplinarios o de aplicación de multas por la Administración,¹⁶ debe ser juzgada con mayor estrictez en el caso de medidas que limitan con intensidad la libertad personal de las personas involucradas.¹⁷

VI. Algunos principios aplicables en materia de expulsión de personas extranjeras

Ante la inexistencia de un derecho a migrar reconocido en sede internacional, es necesario mirar las legislaciones nacionales a fin de determinar si tal derecho existe. En nuestro país la ley 25.871, que comenzó a regir en 2004, reflejaba un paradigma orientado hacia el reconocimiento de los derechos humanos de los extranjeros migrantes y específicamente estableciendo que “[e]l derecho a la migración es esencial e inalienable de la persona y la República Ar-

a su respecto sanciones de multa (v. arts. 55-60). Por otra parte, tipifica delitos al orden migratorio (arts. 116-121), normas que son complementarias del Código Penal y ajenas del Derecho Administrativo Sancionador.

15. A. Nieto, *Derecho Administrativo Sancionador*, Madrid, Tecnos, 2005. Según este autor “lo difícil [...] es graduar con precisión la diferente intensidad de tales matices, para lo que no parece existir un criterio general” (p. 171).

16. La Corte Interamericana ha observado que “*cualquier* actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal”, con los contenidos que le dan los arts. 8.1 y 8.2 de la Convención Americana (caso *Baena, Ricardo y otros v. Panamá*, sentencia de 2 de febrero de 2001, párr. 124; lo destacado no es del original).

17. Tal es el caso en que se solicita la retención del migrante con miras a su expulsión, o en forma cautelar durante el proceso migratorio (art. 70 de la Ley N°25.871, según la modificación introducida por el Decreto N°70/2017). En esas hipótesis la autoridad judicial –única que puede disponer esa medida–, debe realizar un control estricto de los supuestos que la habilitan. En tal sentido, el principio de proporcionalidad, al que luego nos referiremos, constituye una herramienta importante para evaluar la razonabilidad de la medida.

gentina lo garantiza sobre la base de los principios de igualdad y universalidad” (art. 4º). Si bien esta disposición formalmente no fue alterada, la ley fue modificada en aspectos sustanciales en 2017 por un decreto de necesidad y urgencia que procuró facilitar las expulsiones de extranjeros, a quienes se vinculaba con la comisión de delitos.¹⁸ Ello implicó el pasaje hacia un paradigma que podríamos denominar “de seguridad interior”, en el que el valor prevalente no es la integración del extranjero, facilitando la regularización de su situación migratoria, sino –en los hechos– su erradicación de la sociedad nacional, en tanto se lo vincula con un percibido incremento en la inseguridad ciudadana.

Ahora bien, los instrumentos internacionales de derechos humanos establecen una serie de principios que impactan transversalmente en nuestro ordenamiento jurídico y, en cuanto aquí interesa, también lo hacen en materia migratoria. Ellos constituyen orientaciones insoslayables para el intérprete, tanto en sede administrativa como judicial, con valor vinculante, atento a la jerarquía constitucional que poseen varios de esos instrumentos (art. 75.22 CN).

Como veremos seguidamente, los principios cuya aplicación en esta materia postulamos son tanto de orden procedimental y de fondo. Unos y otros derivan de las normas que consagran derechos en el marco de la Constitución y de las normas internacionales de jerarquía equiparable.¹⁹

18. La modificación se realizó por conducto del Decreto N°70/2017, caracterizado como de necesidad y urgencia. Como se dijo anteriormente, el mencionado decreto nunca fue aprobado por la Comisión Bicameral Permanente ni tratado por el Congreso. Si bien fue declarado inconstitucional por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal - Sala V, dicha declaración no se encuentra firme, pues a la fecha se encuentra pendiente de resolver el recurso extraordinario interpuesto ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

19. Alexy desarrolla el modelo regla/principios, al referirse a las normas iusfundamentales. Creemos que los derechos que consagran las normas superiores del ordenamiento tienen *en general* la configuración de principios, entendidos como mandatos de optimización que deben hacerse efectivos en la mayor medida posible, de conformidad con las posibilidades jurídicas y fácticas. De tales normas derivamos los principios a veces explícitos, a veces razonablemente implícitos, cuya aplicación resulta relevante en esta materia. Sobre la distinción entre principios y reglas, v. R. Alexy, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 81 y ss. Sin embargo, no todos los principios juegan en el mismo plano: algunos pueden funcionar como principios de segundo grado (o incluso como reglas), que proporcionan argumentos para decidir entre otros principios que tienen incidencia en un caso. Tal es el caso del principio pro persona o el principio de razonabilidad.

Los primeros se vinculan con ciertas garantías procesales que deben respetarse en los procedimientos de expulsión de extranjeros. Los principios de fondo apuntan a aspectos sustantivos que deben tomarse en cuenta en las decisiones administrativas y judiciales que se adopten como resultado de la tramitación de tales procedimientos.

1. Principios con relevancia procesal aplicables en materia migratoria

Es oportuno recordar que la regulación ahora vigente establece un procedimiento judicial sumarísimo para la revisión de las decisiones en materia migratoria. Por sus características (brevedad de los plazos, ficciones en lo concerniente al domicilio para las notificaciones, etc.), entraña ciertas dificultades para el ejercicio del derecho de defensa en juicio de las personas afectadas. Enunciaremos algunos principios que, en rigor, pueden derivarse de uno solo, que es el derecho de defensa en juicio, que también tiene raíz constitucional (art. 18 CN). Nos referiremos brevemente a algunos de ellos.

1.1. El derecho a la tutela administrativa efectiva

Dado que las decisiones en materia migratoria las adopta una autoridad administrativa, es obvio que las garantías propias del procedimiento administrativo deben regir en plenitud. Entre ellas cobra relevancia el debido proceso adjetivo (que incluye el derecho a ser oído, a ofrecer y producir pruebas, y a una decisión fundada), expresamente consagrado en el art. 1º inc. f) de la Ley N°19.549, que resulta aplicable en este ámbito.

La Corte Suprema se ha referido a la “tutela administrativa y judicial efectiva” en el precedente de Fallos 327:4185, y –además del art. 18 CN– la ha vinculado con diversos instrumentos internacionales de derechos humanos. En este punto interesa enfatizar el aspecto relativo a la tutela administrativa efectiva, que el Alto Tribunal enfoca en forma simétrica al derecho a la tutela judicial efectiva.²⁰ Concretamente indica que este derecho (la Corte lo denomina “garantía”)

20. Así, en el mencionado precedente, se señala que este derecho se basa en los arts. XVI-II y XXIV de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, los arts. 8 y 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, los arts. 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y los arts. 2º inc. 3º aps. a y b y 14 inc. 1º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

supone la posibilidad de ocurrir ante los tribunales de justicia –a lo que cabe agregar, *ante las autoridades administrativas competentes*– y obtener de ellos sentencia o *decisión* útil relativa a los *derechos de los particulares* o litigantes (Fallos 310:276 y 937; 311:208) y que requiere, por sobre todas las cosas, que no se prive a nadie arbitrariamente de la adecuada y oportuna tutela de los derechos que pudieran asistirle sino por medio de un proceso –o *procedimiento*– conducido en legal forma y que concluya con el dictado de una sentencia –o *decisión*– fundada (Fallos 310:1819).²¹

En este punto, la legislación migratoria contempla un sistema recursivo, que fue simplificado por el Decreto N°70/2017, estableciendo plazos breves para interponer recursos y limitando las posibilidades recursivas. Ello, en tanto se establece un plazo de tres días para interponer el recurso, se suprimen los recursos de reconsideración y de alzada, dejándose subsistente solo el recurso jerárquico (arts. 69 quinquies y 69 decies). Esta eliminación de recursos no es necesariamente incompatible con la tutela administrativa efectiva, aunque la brevedad de plazos podría serlo en determinados contextos, en especial si la persona migrante no ha tenido oportunidad de contar con los elementos de juicio para preparar su impugnación. En definitiva, el *test* radica en establecer si el recurso administrativo es efectivo para permitir al interesado defender adecuadamente sus derechos, lo cual es una cuestión fáctica. Nos referiremos a esta cuestión seguidamente, pues limitaciones semejantes también se verifican en el recurso judicial.

1.2. *El acceso a la justicia*

En materia administrativa, las normas consagran un trámite previo para poder cuestionar en sede judicial una decisión de la Administración. El particular debe, ya sea por medio de recursos o reclamos administrativos,

21. Hemos destacado en cursiva los aspectos que se refieren a la tutela de los derechos ante la Administración. Adviértase que esta equiparación –en cuanto a los contenidos exigibles– entre el proceso judicial y el procedimiento administrativo implica una revalorización de este último, que no debe ser un mero trámite para llegar a la instancia judicial, sino una oportunidad para que sean reparadas en forma efectiva las lesiones a los derechos antes de llegar a los tribunales.

agotar previamente la instancia administrativa, como requisito para acceder a los tribunales. El proceso migratorio judicial también contiene normas acerca de la habilitación de la instancia (art. 69 quinquies y septies).

Correlativamente los Estados deben garantizar las condiciones de acceso a los tribunales. A diferencia de otros procesos judiciales, los que involucran a personas migrantes siempre se relacionan con integrantes de un colectivo vulnerable. Esta condición aparece reconocida en diversos instrumentos internacionales de derechos humanos y en la interpretación realizada por órganos internacionales. Así, los migrantes en situación irregular han sido caracterizados como un grupo vulnerable, por estar expuestos a violaciones reales o potenciales a sus derechos.²²

Si bien ello se proyecta en la interpretación de todos los derechos, nos interesa aquí enfatizar que el derecho de acceso a la justicia resulta particularmente relevante para las personas vulnerables, ya que constituye un instrumento para la defensa de sus derechos. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha adherido a las “Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad”, estableciendo que ellas “deben ser seguidas –en cuanto resulte procedente– como guía en los asuntos a que se refieren”.²³ Entre los grupos vulnerables las Reglas mencionan específicamente a las personas migrantes.

En las Reglas se destaca la relevancia de que las personas pertenecientes a grupos vulnerables cuenten con asistencia técnico-jurídica de calidad, especializada y gratuita para defender sus derechos, lo que supone el derecho a contar con un/a abogado/a. Este derecho aparece cubierto como un aspecto de las *debidas garantías* a que hace referencia el artículo 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos exigibles en los procesos migratorios.²⁴ En principio, la ley migratoria da cumplimiento a esta

22. Ver: CtIDH, caso Vélez Loor, cit., pág. 98 y sus citas.

23. Ver: CSJN, Acordada 5/2009 del 24/02/2009.

24. Más específicamente, el art. 8.2. de la Convención Americana se refiere al derecho de toda persona a contar con un abogado de su elección o a que el Estado le proporcione uno (incs. d y e). Si bien este inciso se refiere al proceso penal, su aplicación en procesos de otra índole no resulta dudosa, máxime en los procesos de carácter sancionador. Ver: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-11/90 “Excepciones al agotamiento de los recursos internos (art. 46.1, 46.2.a y 46.2.b Convención Americana de Derechos Humanos)” del 10 de agosto de 1990, pág. 28.

obligación, en tanto prevé la intervención del Ministerio Público de la Defensa en este tipo de procesos. Sin embargo, lo hace con un criterio restrictivo, toda vez que –al menos en la letra de la ley– parece exigir que la persona migrante *demuestre fehacientemente* ante la autoridad administrativa que carece de recursos económicos para procurarse un abogado (arg. art. 86 segundo y tercer párrafos).²⁵

Otra disposición legal relevante en este ámbito es la relativa al derecho a contar con un traductor o intérprete (arg. art. 86), habida cuenta de que muchas personas migrantes no conocen el idioma castellano, lo que supone un factor de vulnerabilidad adicional.²⁶

1.3. *El control judicial suficiente*

En nuestro país, las decisiones administrativas siempre son susceptibles de revisión judicial, para lo cual las normas habilitan algún medio procesal para acceder a los tribunales de justicia. Ello resulta por un lado de la prohibición de que el Presidente ejerza “funciones judiciales” (art. 109 CN) y de la inviolabilidad de la defensa en juicio (art. 18 CN). Es habitual referirse hoy, en consonancia con el lenguaje del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, a la “tutela judicial efectiva”. En tal sentido, la Convención

25. La disposición es algo ambigua, pues –luego de la reforma del Decreto N°70/2017– prevé que el extranjero *solicite* la asistencia jurídica o bien que *acredite de forma fehaciente* la carencia de medios económicos, lo cual aparece como restrictivo del derecho de acceso a un abogado. Es probable que la interpretación en sede administrativa no sea tan exigente, sobre todo a la luz de lo que dispone la reglamentación del art. 86, que establece que debe darse *inmediata intervención* al Ministerio Público de la Defensa (v. Decreto N°616/2010). Cabe aclarar que esta reglamentación no fue modificada luego del dictado del Decreto de Necesidad y Urgencia N°70/2017.

26. El derecho a contar con un traductor o intérprete forma parte del elenco de garantías mínimas del proceso penal (art. 8.2.a) de la Convención Americana) y es otra muestra de la fuerza expansiva que cabe reconocer a tales garantías en los procedimientos y procesos administrativos de carácter sancionador. Al respecto se ha declarado la nulidad del procedimiento seguido ante la autoridad administrativa en un caso en que la persona extranjera declaró no conocer el idioma castellano y el acta de declaración migratoria no estaba suscripta por el intérprete (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala V, in re “*Zheng, Meimei c/ EN-M° INTERIOR OP Y V-DNM s/ recurso directo DNM*”, Expte. N°4741/2018, sentencia del 16/08/18).

Americana de Derechos Humanos se refiere a la obligación de los Estados de proveer de un “recurso efectivo” ante actos lesivos de sus derechos fundamentales (art. 25).²⁷

Ahora bien, un aspecto posible de la *efectividad* de los remedios judiciales que las normas internacionales exigen puede conectarse con el principio del control judicial suficiente, sentado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente *Fernández Arias* (Fallos 247:646). Dicho principio exige, además de la posibilidad de disponer de recursos para acceder a los tribunales judiciales, que se asegure una revisión plena de los hechos y el derecho controvertido. Al menos en esta materia, es necesaria una revisión judicial plena para satisfacer una efectiva protección judicial.

Ahora bien, la ley migratoria parece en cierto modo restringir los alcances de la revisión judicial. Concretamente, establece que el control judicial se *limitará* al control de legalidad, debido proceso y razonabilidad del acto motivo de impugnación (art. 89).²⁸ Sin embargo, creemos que en estos tres aspectos se subsumen adecuadamente todos los aspectos que puede controlar un tribunal judicial.²⁹ De tal modo, la aparente limitación al control judicial en realidad no parece tener mayor operatividad, en tanto no obsta a realizar un control judicial pleno.

Más concreta es la prohibición de un control judicial sobre la existencia de razones humanitarias, de reunificación familiar o de auxilio eficaz a la justicia en supuestos de delitos contra el orden migratorio; tales causales

27. Dicho “recurso” tiene un sentido más amplio que el de “recurso judicial”, ya que comprende cualquier vía (incluso administrativa) que permita revisar la validez de un acto lesivo de derechos fundamentales, siempre que dicho remedio sea *efectivo*.

28. La redacción del texto ha llevado a algunos tribunales a sostener que solo correspondía realizar un control limitado sobre las decisiones de la autoridad migratoria, pero la literalidad de la norma en nuestra opinión no proporciona justificación alguna para no realizar un control de razonabilidad de aquéllos, controlando específicamente su objeto, su causa y su finalidad, como se haría respecto de cualquier acto administrativo.

29. Se podría suponer que el legislador quiso evitar el control de actos discrecionales, pero la técnica legislativa es deficiente. Si realmente se pretendió excluir tal control, lo cierto es que la referencia al principio de razonabilidad abre la puerta a que el control sea posible también sobre tales actos. En definitiva, un acto dictado en ejercicio de facultades discrecionales (suponiendo que los actos dictados por aplicación de la ley migratoria lo fueran, lo que dista de ser evidente), también debe ser razonable (Fallos 298:223; 305:1489; 306:400, considerando 6º; entre otros).

permiten dispensar a la persona migrante en situación irregular de ser expulsada del país. Aquí la norma establece que ello es una facultad exclusiva de la Dirección Nacional de Migraciones, no pudiendo ser otorgada judicialmente (art. 62 bis). Tal limitación resulta reñida con el principio de control judicial suficiente³⁰ y podría ser reputada inconstitucional.³¹

Por lo demás, la referencia al control de legalidad de las decisiones en materia migratoria a que alude el art. 89 antes mencionado torna aplicables las normas de la Ley N°19.549 en punto a los requisitos de validez de los actos administrativos. En este campo, asume particular relevancia el análisis de la motivación del acto, sobre todo cuando la persona migrante invoca motivos para ser dispensada de la expulsión del país y la autoridad migratoria no ha examinado esos motivos.

Pero también es controlable si la denegatoria de un pedido de dispensa es razonable, pues está previsto en la ley migratoria, en el ya citado artículo 89. El sentido del artículo 62 bis antes citado no puede ser otro que, en caso de invalidarse el acto en sede judicial, corresponde devolver la decisión a la instancia administrativa para que evalúe nuevamente la situación del

30. Debe señalarse que aquí la jurisprudencia federal no es uniforme, ya que algunos tribunales consideran que el análisis de si se configura alguno de esos motivos de dispensa es discrecional para la autoridad migratoria por ser un órgano especializado (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala III, *Granados Poma Héctor c/ EN- DNM- Resol 104574/09 (Expte. 2293077/07) s/ amparo ley 16.986*, del 2/11/10; *Uriarte Cubas Ygnacio de Loyola y otro c/ EN - M° Interior- DNM - DISP 716-(Expte 209905/99) y otro s/ recurso directo*, del 21/9/15; Sala IV, *Hernández Julio César y otro c/ EN- M° Interior -Resol. 341/11- DNM Disp. 24407/08 8218247/03 s/ recurso directo para juzgados*, del 9/6/15. Desde otra perspectiva, se ha considerado que el control judicial de la denegatoria de la dispensa no debe ser excepcional, pues ello hace a la causa del acto, y si ha sido invocada la causal, la autoridad administrativa debe expedirse motivadamente, lo cual es materia de control judicial ulterior (v.gr. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala V, *He, Yanzhu c/ EN-M INTERIOR OP Y V-DNM s/recurso directo DNM*, Expte. N°17.970/2018, sentencia del 13/09/18; en el que se declaró la nulidad de las disposiciones administrativas por vicios en su causa porque la DNM no valoró los elementos de prueba acompañados por la migrante que podían justificar la dispensa). Sin embargo, las distintas Salas del fuero discrepan en torno a la intensidad de ese control de razonabilidad.

31. V. en tal sentido: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala V, in re *Centro de Estudios Legales y Sociales y otros c/ EN - DNM s/ amparo ley 16.986*, Expte. N°3061/2017, sentencia del 22/03/2018. A la fecha, dicha decisión judicial no se encuentra firme.

migrante y se expida motivadamente acerca de ese punto, pues ello resulta esencial para la validez de tal acto. Por lo tanto, creemos que el control judicial siempre puede considerar si la denegatoria está motivada y si es razonable una eventual denegatoria por parte de la Administración, sin que ello implique reemplazar el criterio de esta.

1.4. La participación de los niños en el proceso migratorio

El derecho a la reunificación familiar, reconocido y asegurado por nuestra legislación interna, a menudo se entrecruza con el derecho de los niños a su protección como integrantes de una familia.³² En cuanto atañe a los aspectos procesales, el artículo 12.2 de la Convención sobre los Derechos del Niño se refiere al derecho de estos a ser escuchados “en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional”. Esta disposición de carácter general asume especial relieve en materia migratoria, donde el niño puede ser separado de uno o ambos padres como resultado de una decisión expulsiva de estos.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha referido a la exigibilidad de las garantías del debido proceso en el caso de niños en contextos de migración, precisando en qué deben consistir las garantías mínimas que deben asegurarse en favor de estos.³³ Además, debe tenerse en cuenta el caso de niños nacidos en nuestro país hijos de padres migrantes. Esta situación es particular porque esos niños no son migrantes, sino argentinos nativos, que no pueden ser expulsados.

32. La protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes aparece ya en el artículo 75 inciso 23 CN. Pero diversas normas con jerarquía constitucional la refuerzan: con carácter general puede mencionarse el artículo 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos y, en particular, las disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño, que consagra como principio rector el “interés superior del niño”. Desde luego, esto trasciende lo exclusivamente procesal, pero nos interesa ahora remarcar este aspecto, sin perjuicio de volver luego sobre otras implicancias que hacen al aspecto sustantivo de las decisiones que se adopten.

33. El tema es ampliamente desarrollado en la Opinión Consultiva OC-21/14. La Corte Interamericana se refiere allí a las garantías del debido proceso aplicables en procesos migratorios que involucren a niñas y niños (párrafos 108-143); o las garantías aplicables en caso de restricciones o privaciones a la libertad personal de niñas y niños por razones migratorias (párrafos 185-206); entre otros aspectos.

En cualquiera de estas circunstancias –esto es, se trate de un niño o niña migrante o de nacionalidad argentina, hijo/a de padres migrantes– debe asegurarse su efectiva participación en el procedimiento administrativo o en el proceso judicial ulterior a través de personal idóneo. Al respecto, el Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migrantes y sus Familiares ha considerado “muy grave” que en nuestro país no se asegure el patrocinio y representación legal independiente de los niños y niñas argentinos en particular y menores de edad de otras nacionalidades, que se ven involucrados en las expulsiones forzosas de sus padres o tutores.³⁴

Reforzando las normas internacionales en la materia, la Ley N°26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes también se refiere al derecho de estos a ser oídos, en especial en los procedimientos judiciales y administrativos que les afecten.³⁵

En tal sentido, el Ministerio Público de la Defensa cuenta con Defensores Públicos de Menores e Incapaces que pueden asumir las funciones de representación y asistencia si se verifican los recaudos para su intervención.³⁶ Cabe observar que no existen criterios uniformes en la jurisprudencia federal respecto de la intervención de los menores en procesos que afecten a sus progenitores sometidos a un procedimiento o proceso migratorio.³⁷

34. Véase de dicho Comité, las *Observaciones sobre el Segundo informe periódico de la Argentina*, aprobadas en el 31° período de sesiones (2 al 11 de septiembre de 2019), disponible en: https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CMW/Shared%20Documents/ARG/CMW_C_ARG_CO_2_37078_S.pdf; versión no editada consultada en noviembre de 2019; párr. 22.

35. Así el artículo 24 se refiere al derecho de estos a opinar y ser oídos, mientras que –más específicamente– el artículo 27, al desarrollar las garantías procesales mínimas, consagra el derecho “a ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya. [...]” (v. inciso c).

36. Véase el artículo 43 de la Ley N°27.149.

37. En contra de la admisión de los menores en el proceso migratorio, a través de un representante legal, pueden mencionarse las siguientes decisiones de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal: Sala II: *Mestre Soto, David Fernando c/ E.N.* - M° Interior O.P. y V. - *Dnm s/ recurso directo DNM*, Expte. N°63.666/17, sentencia del 27/02/2018; *Meza Contreras, Luis Manuel c/ E.N.* - M° Interior O.P. y V. - *DNM s/ recurso directo DNM*, Expte N°14.604/17, sentencia del 26/04/2018; *Monges, Manuel Enrique c/ E.N.* - M° Interior O.P. y V. - *DNM s/ recurso directo DNM*, Expte. N°6.093/18, sentencia del 5/07/2018; Sala IV: *Chávez Ruiz Digma Félix c/ E.N.* - M° Interior - *Resol. n° 311/12 - DNM - Expte. n° 2291578/07 y otro s/ recurso directo DNM*, Expte. N°25.164/12,

1.5. La doble instancia judicial en el proceso migratorio

En principio, el criterio jurisprudencial es que, salvo en materia penal, la doble instancia no es una exigencia del debido proceso (doctrina Fallos 238:305; 244:480; etc.). En el caso de la Ley N°25.871 se prevé un “recurso judicial” (art. 84), que tramita ante los Juzgados Nacionales de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal o los Juzgados Federales del interior del país (art. 98).

El hecho de que la norma previera un “recurso” generó alguna duda respecto de si se estaba creando una vía de instancia judicial única ante los tribunales de primera instancia. Sin perjuicio de que los recursos judiciales directos no importan una restricción a las facultades de conocimiento del juez o a la posibilidad de ofrecer y producir prueba,³⁸ la interpretación más adecuada parece ser que esta vía procesal intenta ser un mecanismo más rápido que una impugnación de actos administrativos, pero no constituye una limitación del acceso a la segunda instancia. La Corte Suprema tuvo oportunidad de referirse al tema en el caso “Ojeda Hernández”,³⁹ donde sostuvo que la ley no prevé específicamente la inapelabilidad de las sentencias de los jueces de primera instancia. Ante ese silencio, entendió que debía acudir al principio general del artículo 242 del CPCCN que establece como regla general la posibilidad de apelar las sentencias definitivas dictadas en primera instancia, mientras que la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo tiene una competencia genérica para conocer

resolución del 1º/12/2016; *Ojeda Hernández, Luis Alberto c/ E.N. - Mº Interior - Resol. nº 1546/10 - DNM - Disp. nº 184.765/09 y otros s/ recurso directo para juzgados*, Expte. Nº6.816/11, sentencia del 29/12/2016; *Contreras Trujillo, Edward Rafael c/ E.N. - Mº Interior - Resol. nº 1237/11 - DNM - Disp. nº 140.388/09 - Expte. nº 2.412.125 s/ recurso directo para juzgados*, Expte. Nº47.748/11, sentencia del 4/05/2017.

38. Observa Hutchinson que el recurso judicial contencioso administrativo, al igual que la demanda ordinaria, constituyen formas procesales de ejercicio de la acción. Más allá de la denominación como recurso, a través de él se instrumenta una primera instancia judicial, en la que es posible producir prueba si no existe conformidad en los hechos y también invocar fundamentos jurídicos que no hayan sido previamente expuestos ante la Administración (T. Hutchinson, *Derecho Procesal Administrativo*, Tomo III, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2008, p. 679).

39. CSJN, in re *Ojeda Hernández, Luis Alberto s/ causa* Nº2739/12, O.113.XLVIII, sentencia del 10/07/2014 (no posee cita en la colección Fallos).

en apelaciones contra sentencias de los jueces de primera instancia de ese fuero (art. 4° de la Ley N°21.628).

De este modo, ha quedado establecido que en el procedimiento migratorio debe existir una doble instancia judicial, si bien se ha alcanzado esa conclusión a partir de la interpretación de normas procesales, y no como una exigencia de rango constitucional.⁴⁰

1.6. Otros derechos procesales

Sin la pretensión de agotar el elenco de los derechos que pueden hacerse valer en materia procedimental (o procesal), hay algunos que tienen particular relevancia en casos en que se trata de la aplicación de la legislación migratoria.

Uno de ellos consiste en que la persona migrante debe contar con tiempo suficiente y con los medios adecuados para interponer recursos que permitan revisar la orden de expulsión. Este derecho emana sin dudas del de defensa en juicio (art. 18 CN) y tiene su formulación más precisa en el art. 8.2.c) de la Convención Americana, que entendemos debe formar parte de un proceso con las “debidas garantías” que exige dicho instrumento internacional, en concordancia con la Constitución Nacional. Al respecto, el Procedimiento Migratorio Especial Sumarísimo prevé plazos breves (de tres días) para interponer recursos administrativos y judiciales que permitan revisar una orden de expulsión. No es posible decir en abstracto si este plazo es o no compatible con el derecho a defensa en juicio.⁴¹ Ello dependerá de la situación concreta en que se encuentre la persona migrante, su efectivo acceso a asistencia jurídica en forma inmediata, la posibilidad de ofrecer pruebas, etc. Sin embargo, se ha cuestionado la razonabilidad de este plazo, ya que su brevedad parece más orientada a restringir el ejercicio del derecho

40. Cabe aquí plantear si, en caso de que el legislador decidiera suprimir expresamente el recurso de apelación contra decisiones judiciales de primera instancia en materia migratoria, ello no podría ser violatorio de las “debidas garantías” a que alude el artículo 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en particular habida cuenta de la naturaleza represiva de la expulsión del país y la gravitación que pudiera tener en estos procesos lo previsto en el artículo 8.2.h) de la Convención, relativo a la doble instancia.

41. En diversas leyes se prevén plazos breves para la interposición de recursos. Así la Ley de Amparo 16.986 prevé plazos de 48 horas o la Ley de Procedimientos de Habeas Corpus prevé plazos de 24 horas, sin que ello hubiera merecido tachas a su validez constitucional.

de defensa (y, eventualmente, facilitar la ejecución de la orden de expulsión) que a una regulación racional del sistema.

Otro derecho relevante se refiere a la información sobre la asistencia consular del país de nacionalidad del extranjero. Al respecto, la Corte Interamericana sostuvo que este derecho debe ser reconocido en el marco de las garantías mínimas para brindar a personas extranjeras la oportunidad de preparar adecuadamente su defensa y contar con un juicio justo, y añadió que “constituye un medio para la defensa del inculpado que repercute –y en ocasiones decisivamente– en el respeto de sus otros derechos procesales”.⁴² Si bien se refiere a los casos de imputación penal, creemos que el principio es trasladable al ámbito de las sanciones administrativas en materia migratoria.

2. Los principios sustantivos

Las decisiones de expulsión de no nacionales deben respetar ciertos principios de derechos humanos sustantivos. Estos principios apuntan al contenido de tales decisiones, aunque algunos de ellos también se refieren a las garantías formales que deben respetarse en los procedimientos respectivos.

2.1. El principio pro persona

Presente en todas las cuestiones en que se debaten los alcances o la vigencia de normas de derechos humanos, este principio juega, en realidad, en forma transversal, en tanto exige al intérprete considerar todas las normas que inciden en la cuestión a decidir, y acudir a la 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.⁴³

42. Este derecho proviene del Derecho internacional general (la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares) y ha sido abordada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva OC-16/99 de fecha 1/10/1999 “El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso”. La cita del texto corresponde al párrafo 122.

43. Puede verse en general, para lo relativo a este principio: M. Pinto, “El principio ‘pro homine’. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los Derechos Humanos”,

Un ejemplo de aplicación de este principio lo vemos en el caso *Apaza* (Fallos 341:500) donde –frente a dos interpretaciones posibles de la ley migratoria (concretamente, de una de las disposiciones que permiten a la autoridad administrativa decidir acerca del ingreso y la permanencia de las personas en el país)– la Corte Suprema se inclinó por la interpretación más estricta, esto es, la que acotaba más las facultades de aquella. Si bien el Tribunal no invocó expresamente el principio *pro persona* (o *pro homine*), sino que se basó en una interpretación sistemática de la ley, lo cierto es que su decisión fue coherente con la aplicación de ese principio hermenéutico.⁴⁴ De este modo, invalidó la interpretación sostenida en sede administrativa y se decantó por la más favorable a la no expulsión de la persona.

2.2. *El principio de no devolución (non refoulement)*

A partir del Derecho internacional de los Refugiados, donde se reconoce el principio de no devolución o *non refoulement*,⁴⁵ se puede postular la

en M. Abregú (comp.), *La aplicación de los Tratados sobre Derechos Humanos por los Tribunales locales*, Buenos Aires, Centro de Estudios Legales y Sociales, 2004, pp. 163-171.

44. El principio fue invocado explícitamente en el dictamen de la Procuración General de la Nación (apartado IV). Específicamente señaló que dicho principio “obliga a preferir, entre diversas interpretaciones posibles, el significado de la norma que resulta más acotado en cuanto al alcance de la facultad administrativa de impedir el ingreso y la permanencia, y que asegura correlativamente una esfera más amplia para el ejercicio de la libertad de circular y residir [citas omitidas]”. Por su parte, el Ministro Rosatti, que votó en concurrencia, señaló que había dos interpretaciones igualmente posibles de la ley. Tras señalar la necesidad de que el legislador adopte disposiciones claras, precisas y previsibles, concurrió con su voto en la solución adoptada por los restantes miembros del Tribunal, aceptando también los fundamentos del Procurador Fiscal.

45. La Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados se refiere a la expulsión (art. 33) y a la prohibición de expulsión y devolución (art. 34). Al respecto, establece límites a la facultad de los Estados de expulsar refugiados cuando ello pueda implicar un peligro para la vida o la libertad de estos por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social o de sus opiniones políticas. En su Opinión Consultiva OC-21/14 la Corte Interamericana se refirió al principio de no devolución aplicable en materia migratoria, cuando están involucrados niñas, niños o adolescentes (v. párrafos 207-242). Sin embargo, varias de las consideraciones que fundan este principio en el ámbito interamericano pueden perfectamente aplicarse a los casos de personas adultas en situación de ser expulsadas.

existencia de este principio también en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, con específica incidencia en materia migratoria.⁴⁶

En esa línea, la Convención Americana de Derechos Humanos establece que “[e]n ningún caso el extranjero puede ser expulsado o devuelto a otro país, sea o no de origen, donde su derecho a la vida o la libertad personal está en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas” (art. 24.8).

Otros tratados internacionales, de los que nuestro país es parte, imponen en forma explícita o implícita limitaciones a la posibilidad de expulsar a no nacionales. En tal sentido se ha mencionado la Convención sobre la Tortura, cuyo art. 3 prohíbe la expulsión, devolución o extradición de una persona a otro Estado cuando haya razones fundadas para creer que será sometida a tortura. Del mismo modo, la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas establece análoga prohibición cuando haya razones fundadas para creer que la persona estaría en peligro de ser sometida a una desaparición forzada (art. 16). Otras limitaciones surgen en forma implícita de tratados internacionales de derechos humanos.⁴⁷

Es decir, aun cuando la expulsión de una persona extranjera pudiera hallarse en alguna de las causales previstas en la legislación, la facultad esta-

46. Así lo señala la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que se refiere a la complementariedad entre el Derecho Internacional de Refugiados y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, observando que este principio se aplica en forma más amplia en ambos. Dicho órgano afirma que se trata de una norma consuetudinaria del Derecho Internacional, que se refuerza por el reconocimiento del derecho de buscar y recibir asilo; v. Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2015), *Derechos humanos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazados internos: Normas y Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos* (2015), OEA/Ser.L/V/II. Doc. 46/15, 31 de diciembre de 2015, disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/movilidadhumana.pdf> (consultado en noviembre de 2019).

47. Pérez González se refiere a la Convención sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención sobre Derechos del Niño, cuyos respectivos órganos de aplicación han emitido recomendaciones u observaciones generales en las que señalan límites a la facultad de los Estados de expulsar personas (C. Pérez González, *Migraciones irregulares y Derecho Internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012).

tal encuentra un límite si, en caso de ejecutarse la decisión, aquella pudiera sufrir un riesgo de violación de sus derechos humanos.

2.3. *El principio de no discriminación*

Este principio tiene un campo de aplicación que va más allá de la situación de las personas migrantes, pues está consagrado en diversas normas internacionales de derechos humanos, en especial las que se refieren a grupos vulnerables.⁴⁸ La Corte Interamericana ha señalado que dicho principio, junto con los de igualdad ante la ley e igual protección ante la ley pertenecen al *ius cogens*, esto es, una norma imperativa que ha ingresado en el Derecho Internacional general y permea el ordenamiento jurídico nacional e internacional.⁴⁹ El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas define este principio como

toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas.⁵⁰

48. En tal sentido pueden mencionarse la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (art. 2); la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 2); la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (arts. 2, 3, 5 a 16); la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (art. 1.2); la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (art. 5); la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de Personas Mayores (art. 5); el Convenio N°111 de la OIT relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación (arts. 1 a 3). Entre las específicamente referidas a personas migrantes ratificadas por nuestro país, cabe mencionar la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (arts. 1 y 7).

49. CtIDH, Opinión Consultiva OC-18/03 *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, del 17 de septiembre de 2003, párr. 101.

50. Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Observación General N°18 (37° período de sesiones, 1989), párr. 7.

De este modo, el principio de igualdad y no discriminación incide en el ejercicio de los derechos de las personas, cualquiera fuera su situación migratoria, en tanto los Estados no podrían poner barreras para el acceso a la educación, a la salud u otros derechos, distinguiendo entre nacionales y extranjeros.⁵¹ La Corte Suprema de nuestro país ha sido particularmente estricta al examinar estas distinciones, llegando a aplicar un test intensivo que presumía la inconstitucionalidad de las normas que las realizaban, a menos que se presentara una justificación razonable.⁵²

Debe agregarse que los migrantes se encuentran por lo general en una situación de desigualdad estructural para el ejercicio de sus derechos, no solo ante la autoridad migratoria. A menudo se entrecruzan en los contextos de migración factores como el género y la pobreza, características que tienden a reforzar estereotipos⁵³ y a reforzar sus desventajas para integrarse a

51. Un examen de la situación de las personas migrantes en nuestro país bajo la óptica de las obligaciones asumidas en virtud de la Convención sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial puede verse en el informe elaborado por diversas organizaciones no gubernamentales: ANDHES - CELS - CAREF *et al.*, *Informe sobre la Argentina. Situación de los derechos humanos de las personas migrantes*, s.l., 2016; disponible en <https://www.cels.org.ar/common/InformeDerechosMigrantes.pdf> consultado en noviembre de 2019.

52. Se trata del test diseñado en los casos *Hooft* (Fallos 336:381) y *Gottschau* (Fallos 339:2986). Es interesante observar que este tipo de análisis fue también utilizado en relación con derechos de la seguridad social, aunque en ese caso los jueces introdujeron matices particulares: mientras Petracchi y Argibay aplicaron un escrutinio estricto para juzgar diferencias consagradas normativamente entre nacionales y extranjeros para concederles una pensión por invalidez, Maqueda sostuvo la validez de tales distinciones en principio, aunque consideró que no estaban justificadas en el caso concreto (Fallos 330:3853 - *Reyes Aguilera*).

53. Al respecto puede verse en: A. P. González, “La construcción de la ‘peligrosidad’ del migrante: un análisis sobre las representaciones sociales de miembros del sistema judicial en la Ciudad de Buenos Aires”, en *Estudios Socio-Jurídicos* [S.l.], v. 19, n. 2, pp. 63-95, jun. 2017. ISSN 2145-4531. Disponible en: doi: <http://dx.doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/sociojuridicos/a.5423>; consultado en septiembre de 2019. A propósito del dictado del Decreto N°70/2017, y con un enfoque también sociológico, puede verse: T. Basok, “Regional Migration and Argentina’s ‘hospitality’ in Crisis” en: C. Menjivar, M. Ruiz, I. Ness, *The Oxford Handbook of Migration Crises*, 2019 (disponible en: <https://www.oxfordhandbooks.com/view/10.1093/oxfordhb/9780190856908.001.0001/oxfordhb-9780190856908-e-25>; consultado en septiembre de 2019.

la sociedad. También el hecho de ser víctimas de delitos (como el de trata de personas), sumados a la introducción de visiones prejuiciosas a su respecto en el discurso público,⁵⁴ o las dificultades para la regularización de su situación migratoria, no hacen sino acrecentar su vulnerabilidad en cuanto el ejercicio de sus derechos y a la posibilidad de ser colocados en situación de expulsión.

Ahora bien, el principio de igualdad y no discriminación constituye otro límite a la facultad estatal de expulsar migrantes en situación irregular⁵⁵ y exige una particular atención por parte de los órganos de aplicación de la normativa migratoria, sobre todo para reconocer situaciones de discriminación.

Las disposiciones de la Ley N°25.871 –en aspectos que el Decreto N°70/2017 no ha modificado– garantizan el acceso a los derechos en condiciones de igualdad con los nacionales. En tal sentido, el origen nacional es una condición personal que está expresamente prohibida como motivo de discriminación en los instrumentos internacionales de derechos humanos. Por lo tanto, las decisiones de la autoridad migratoria que pudieran ser discriminatorias en razón de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social,⁵⁶ están sujetas a un exigente escrutinio judicial para justificar su validez.⁵⁷

54. En los considerandos del Decreto N°70/2017 se utilizan estadísticas a fin de reforzar el argumento de que existe una vinculación entre migrantes y la comisión de delitos. Sin embargo, las estadísticas son utilizadas de un modo discutible y no necesariamente dan sustento a las consecuencias que de ello intenta extraer el decreto. Un examen del uso de tales estadísticas aparece en la sentencia *CELS c/ EN - DNM s/amparo*, cit.

55. Pérez González, *op. cit.*, p. 114.

56. Hemos enunciado los motivos específicamente prohibidos de discriminación contemplados en el artículo 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, pero dicha enumeración no es taxativa. La Corte Interamericana ha entendido que supuestos como la orientación sexual, la identidad de género o la expresión de género, también debían considerarse motivos prohibidos, aclarando que ello no agotaba los supuestos. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Atala Rifo v. Chile*, sentencia de 24 de febrero de 2012, pár. 85; asimismo, Opinión Consultiva OC-24/17 *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*, del 24 de noviembre de 2017, pár. 67 y 68.

57. En tal sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha aplicado criterios de interpretación más exigentes cuando se trataba de discriminaciones de iure, de conformidad

2.4. *El principio de unidad familiar*

La realización de este principio constituye uno de los objetivos de la Ley de Migraciones (v. art. 3 inc. d), que de este modo se entronca con diversas disposiciones del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. El derecho a la protección de la vida privada y familiar aparece en diversos instrumentos internacionales obligatorios para nuestro país.⁵⁸

Por otra parte, ante la invocación de razones de reunificación familiar en casos de expulsión de migrantes, la autoridad administrativa (y eventualmente, los tribunales judiciales) deben evaluar la situación y explicar fundadamente las razones de una denegatoria de esta causal. No resulta suficiente indicar que la persona ingresó al territorio nacional por un lugar no permitido, o que ha cometido delitos que impiden su permanencia en el país: si se invocan circunstancias que pueden constituir una afectación de este derecho, la autoridad migratoria debe justificar la razón por la cual no es procedente la aplicación de esta dispensa, ponderando por un lado las razones de seguridad que el Estado puede invocar y por otro los daños que una expulsión puede ocasionar desde el punto de vista del derecho a la reunificación familiar.

Cabe añadir que no existe un modelo único de familia, y así lo han reconocido órganos internacionales de protección. La normativa interamericana garantiza la protección de todas las familias, cualquiera fuera su composición.⁵⁹ En cualquier caso, será la motivación de la decisión expulsiva lo que

con los precedentes *Hooft* (Fallos 327:5118) y *Gottschau* (Fallos 329:2986). En los casos de discriminación indirecta –sin duda más complejos, sobre todo desde el punto de vista probatorio– el precedente *Sisnero* (Fallos 337:611) aporta criterios más específicos para dar una respuesta judicial. En todos los supuestos se exige que quien realiza un tratamiento desigual debe proporcionar una justificación suficiente de su accionar.

58. En tal sentido, el art. VI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el art. 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el art. 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el art. 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y muy especialmente, el art. 17 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

59. Ver: CtIDH, 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*, del 19 de agosto de 2014, especialmente párr. 272 y sus citas, donde se señala un concepto más amplio que el de los padres biológicos y sus hijos, pues puede incluir a la familia extensa,

permitirá establecer si la ponderación efectuada por la autoridad migratoria es razonable.

2.5. El principio del interés superior del niño

A menudo se verifica, en las decisiones de migración, que hay niños, niñas y adolescentes cuyos derechos pueden verse afectados por las decisiones de las autoridades administrativas. Cabe aquí recordar que aquellos, con prescindencia de su situación migratoria, son sujetos de protección y el Estado debe tener especialmente en cuenta el contexto de vulnerabilidad en cuanto al respeto a sus derechos. Por un lado, la propia Constitución Nacional se refiere, en términos generales, a los niños como destinatarios de medidas de protección por el Estado (art. 75 inc. 23 CN). Por otro lado, el principio del interés superior del niño, a través del artículo 3º de la Convención sobre los Derechos del Niño, cuenta con jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 CN).

Una situación frecuente se verifica cuando se expulsa a una persona extranjera que es progenitor/a de un niño o niña nacido en el país. Aquí adquiere relevancia el principio del interés superior del niño, receptado en el art. 3º de la Convención sobre los Derechos del Niño. Para tales supuestos existen una serie de directrices elaboradas por los órganos internacionales de protección de los derechos humanos. En particular, en el ámbito regional americano la Opinión Consultiva OC-21/14 establece lineamientos en esta materia, en la inteligencia de que siempre debe prevalecer dicho interés, así como la necesaria participación del niño en el procedimiento migratorio (a la que ya nos hemos referido), a fin de asegurar que sea oída

integrada por otros parientes con los que existan lazos afectivos e incluso personas que jurídicamente no son parientes. Asimismo, incluye como destinatarios de tutela a las familias monoparentales. El concepto de “familia” es elaborado con mayores precisiones en la Opinión Consultiva OC-24/17, *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo* de fecha 24 de noviembre de 2017, cit., donde se desarrolla lo relativo a la familia que pueden conformar personas del mismo sexo (v. Capítulo VIII), y que es acreedora a la misma protección que las parejas heterosexuales, sin discriminación. Por su parte, el Comité de Derechos Humanos ha señalado que el art. 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se refiere a distintas formas de familia, lo que incluye las parejas no casadas y sus hijos y las familias monoparentales y sus hijos (Observación General Nº19, párr. 2).

su opinión y de este modo, la autoridad de aplicación pueda adoptar una decisión.⁶⁰

2.6. *El principio de proporcionalidad*

Este principio juega en un plano distinto, en la medida en que en las decisiones en materia migratoria se debe ponderar entre distintos derechos o principios. Así, aunque la seguridad interior o la defensa frente al delito puede ser una consideración atendible y puede incidir en la adopción de determinada política migratoria, ello debe sopesarse con los derechos que legítimamente puede invocar la persona migrante.

En párrafos anteriores hemos mencionado el peso que puede tener el principio de unidad familiar (del que deriva el derecho a la reunificación familiar) que puede entrar en colisión con el derecho que tiene el Estado de salvaguardar la seguridad y el orden público y puede *prima facie* hacer procedente la expulsión. Del mismo modo, las medidas de expulsión –cuando hay niños, niñas o adolescentes de por medio– deben ser examinadas a la luz del principio del interés superior del niño, el cual debe operar como contrapeso de las razones del Estado para disponer la expulsión de la madre o del padre de una persona menor de edad.

En cuanto a las órdenes de retención de un extranjero, que deben ser dispuestas por un juez, deben respetar el principio de proporcionalidad. En tal caso, el magistrado interviniente debe ponderar la necesidad de la medida, para lo cual deberá evaluar estrictamente las razones que invoque la autoridad administrativa.

Ahora bien, este principio se relaciona con el de razonabilidad (art. 28 CN). En el caso de actos administrativos (como lo son los que disponen la expulsión de un extranjero), debe recordarse que las medidas que estos involucren deben ser proporcionalmente adecuadas a su finalidad, esto es, a los fines que justifican su dictado, su causa y su objeto (art. 7º inc. f) de la Ley N°19.549), lo cual abre la puerta al control de juridicidad de los actos administrativos que deben realizar los tribunales (y antes que ellos, la propia administración a través de su servicio jurídico).

60. CtIDH, Opinión Consultiva OC-21/14, cit. La hipótesis de expulsión de los progenitores del niño es abordada en los párrafos 263-282.

Aquí es preciso advertir que la Ley N°25.871 –modificada por el Decreto de Necesidad y Urgencia N°70/2017– prevé en determinados casos la expulsión como medida. Ello podría hacer pensar que el legislador ha ponderado que, ante la configuración de alguna de las causales impeditivas del ingreso y permanencia de los extranjeros en el territorio nacional,⁶¹ la

61. Las causales impeditivas del ingreso y permanencia en el país están previstas en el artículo 29 de la ley. La modificación introducida por el Decreto N°70/2017 ha incluido nuevas causales que no estaban en el texto original. El texto vigente prevé las siguientes: a) La presentación ante la autoridad de documentación nacional o extranjera material o ideológicamente falsa o adulterada, o la omisión de informar sobre la existencia de antecedentes penales, condenas y/o requerimientos judiciales o de fuerzas de seguridad. El hecho será sancionado con una prohibición de reingreso por un lapso mínimo de CINCO (5) años; b) Tener prohibido el ingreso, haber sido objeto de medidas de expulsión o de prohibición de reingreso, hasta tanto las mismas hayan sido revocadas o se hubiese cumplido el plazo impuesto al efecto; 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; 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; e) Haber incurrido o participado en actos de gobierno o de otro tipo, que constituyan genocidio, crímenes de guerra, actos de terrorismo o delitos de lesa humanidad y de todo otro acto susceptible de ser juzgado por la Corte Penal Internacional; f) Tener antecedentes o haber incurrido o haber participado en actividades terroristas o pertenecer a organizaciones nacional o internacionalmente reconocidas como imputadas de acciones susceptibles de ser juzgadas por la Corte Penal Internacional o por la Ley N°23.077 de Defensa de la Democracia; g) Haber sido condenado en la REPÚBLICA ARGENTINA o haber incurrido o participado en la promoción o facilitación, con fines de lucro, en el ingreso o la permanencia o en el egreso ilegal de extranjeros en el territorio nacional; h) Haber sido condenado en la REPÚBLICA ARGENTINA o tener antecedentes por haber presentado documentación material o ideológicamente falsa, para obtener para sí o para un tercero un beneficio migratorio; i) Promover la prostitución; lucrar con ello; haber sido condenado o haber incurrido o participado, en la REPÚBLICA ARGENTINA o en el exterior en la promoción de la prostitución, por lucrar con ello o por desarrollar actividades relacionadas con el tráfico o la explotación sexual de personas; j) Haber sido condenado o tener antecedentes, en la REPÚBLICA ARGENTINA y/o en el exterior, respecto de delitos de corrupción conforme las conductas descriptas en el Título XI del Libro Segundo, Capítulos IV, VI, VII, VIII, IX, IX bis y X del Código Penal de la Nación Argentina; k) Intentar ingresar o haber ingresado al territorio nacional eludiendo los controles migratorios, o por lugar o

sanción expulsiva es *siempre* proporcionada por una valoración del legislador. Es decir, podría pensarse que en tales casos existe una regla, conforme a la cual debe expulsarse al extranjero ante la configuración de alguna de las causales impeditivas de la permanencia en el territorio argentino. Sin embargo, la cuestión es algo más compleja: la expulsión no es siempre proporcionada (o razonable) aunque se configure alguna de aquellas causales, ya que el legislador ha previsto la dispensa por razones de reunificación familiar, por razones humanitarias o por haber contribuido en la detección de un delito contra el orden migratorio. Además de estos supuestos, deben tenerse en consideración ciertos principios supranacionales, como el interés superior del niño, el respeto de la vida familiar (que en cierta medida puede converger con el principio de reunificación familiar que menciona la ley), la no discriminación, el riesgo que la persona pueda sufrir si es deportada a otro país, etc. Todos estos principios deben ingresar en el análisis de proporcionalidad y deben ser ponderados por el intérprete, a fin de determinar si la sanción expulsiva (o si la retención preventiva) de la persona migrante está justificada.

Con arreglo a la jurisprudencia interamericana, la decisión de expulsión (o de retención) de una persona debe ser dispuesta conforme a la ley y, además, debe ser: a) idónea; b) necesaria; c) proporcional en sentido estricto.⁶²

La idoneidad de la medida se relaciona con el cumplimiento de un fin estatal legítimo, esto es, acorde con la Convención, pero que además satisfaga un interés público imperativo. En el lenguaje de la Corte Suprema argentina, puede decirse que lo que se exige es que se trate de fines *sustanciales*, y no meramente convenientes para el Estado.

en horario no habilitados al efecto; l) La constatación de la existencia de alguno de los impedimentos de radicación establecidos en la presente Ley; m) El incumplimiento de los requisitos exigidos por la Ley.

62. Este esquema de análisis ha sido desarrollado por la Corte Interamericana en otros ámbitos, pero tiene una validez más general, aplicable a otros supuestos de restricciones a derechos. En lo que hace específicamente al contexto migratorio, lo aborda en la Opinión Consultiva OC-21/14, ya citada, párrafos 275-280, y lo refiere al análisis del conflicto entre el derecho del Estado de implementar su política migratoria (que puede llevar a disponer la expulsión de un progenitor) y el derecho del niño a la protección de la familia y a la unidad familiar.

Por otra parte, la necesidad de la medida apunta a que esta sea, entre todas las alternativas posibles, la única posible para lograr ese fin legítimo. En tal sentido, debe procurarse la vía menos restrictiva posible del derecho.

Finalmente, la medida debe ser proporcionada en sentido estricto, esto es, debe ser una medida que restringe en menor grado el derecho protegido y se ajusta estrechamente al logro del objetivo legítimo. En la ponderación de las circunstancias relevantes, la jurisprudencia ha mencionado la naturaleza y gravedad del delito cometido, la extensión de estadía en el país, el tiempo transcurrido entre el momento en que fue cometido el delito y la conducta del apelante desde entonces, la nacionalidad de las personas involucradas; en caso de tratarse de una persona casada, el tiempo de duración del matrimonio, si ha tenido hijos y de qué edad, el bienestar de los niños y las dificultades que podrían encontrar en el país al que es deportado, la solidez de los vínculos sociales, culturales y familiares que hubiera construido en el país, etc.; ello a fin de sopesar si la permanencia de la persona en el país constituye una amenaza para la seguridad de la población o si, a pesar de ella, debe prevalecer el derecho a la protección de la vida familiar u otro derecho fundamental,⁶³ en las circunstancias del caso concreto.

VII. Conclusiones

En la legislación migratoria se entrelazan complejos problemas de políticas públicas y de derechos humanos. Aun reconociendo el derecho del Estado a expulsar extranjeros por razones de orden público, siempre con base en causas previstas por la ley, este derecho se encuentra limitado por los principios de derechos humanos contenidos en la Constitución Nacional y en los instrumentos internacionales en la materia, que conforman el bloque de constitucionalidad (art. 75.22 CN).

63. Sobre estos criterios, pueden verse: *Frometa Ulloa, Marco Doroteo c/ EN- M. Interior OP y V - DNM* (Expte. 72924/2017, sent. del 7/5/2019); *González Castillo, Cristian Maximiliano y otro c/ EN- M. Interior OP y V - DNM* (Expte. 73312/17, sentencia del 23/4/2019); *Franco, Antonio José c/ EN- M. Interior OP y V - DNM* (Expte. N°29572/10, sentencia del 23/4/2019), entre otros, de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal - Sala V, en los que se citan precedentes del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre esta materia.

La legislación que actualmente rige en nuestro país, luego de las modificaciones introducidas por el Decreto de Necesidad y Urgencia N°70/2017, ha retrocedido hacia un paradigma en el que prevalece un enfoque securitario y represivo, conforme al cual se criminaliza al extranjero en situación irregular (al que se tilda de “ilegal”), se desconoce su condición vulnerable, se dificulta la regularización de su situación migratoria y se propicia, como primera medida, su expulsión del territorio nacional.

Sin embargo, diversos principios, que nacen ya del texto de la Constitución histórica, reforzados en la reforma de 1994 y por diversos tratados internacionales, se erigen como una valla frente a decisiones legislativas regresivas en materia de derechos humanos. En este trabajo hemos querido subrayar tales principios, porque revelan la inconstitucionalidad (e inconvencionalidad) de varias normas contenidas en la legislación migratoria vigente y creemos que la práctica jurisprudencial puede contribuir a tomar en serio los derechos humanos de las personas migrantes.

Bibliografía

- ANDHES - CELS - CAREF *et al.*, *Informe sobre la Argentina. Situación de los derechos humanos de las personas migrantes*, s.l., 2016; disponible en: <https://www.cels.org.ar/common/InformeDerechosMigrantes.pdf>.
- R. Alexy, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- F. Arlettaz, “Admisión y expulsión de extranjeros en el derecho argentino”, en *Estudios Constitucionales*, Año 16, N°1, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, 2018.
- T. Basok, “Regional Migration and Argentina’s ‘hospitality’ in Crisis”, en C. Menjivar, M. Ruiz, I. Ness, *The Oxford Handbook of Migration Crises*, 2019 (disponible en: <https://www.oxfordhandbooks.com/view/10.1093/oxfordhb/9780190856908.001.0001/oxfordhb-9780190856908-e-25>).
- P. Ceriani Cernadas y D. Morales, *Argentina: Avances y asignaturas pendientes en la consolidación de una política migratoria basada en los Derechos Humanos*, s/l, Federación Internacional de Derechos Humanos, Centro de Estudios Legales y Sociales, 2011, pp. 8; 26 y ss.; disponible en: <https://www.cels.org.ar/web/wp-content/uploads/2011/02/Argentina.-Avances-y-asignaturas-pendientes-en-la-consolidacion.pdf>.

- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Movilidad Humana. Estándares Interamericanos*, 2016; disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/MovilidadHumana.pdf>.
- European Union Agency for Fundamental Rights - Council of Europe, *Handbook on European law relating to asylum, borders and immigration*, 2014; disponible en: https://fra.europa.eu/sites/default/files/handbook-law-asylum-migration-borders-2nded_en.pdf.
- L. Ferrajoli, *Manifiesto per l'uguaglianza*, Bari, Laterza, 2018.
- R. Giustiniani, *Migración, un derecho humano. Ley de Migraciones 25.871*, Buenos Aires, Prometeo Libros, 2004.
- A. P. González, “La construcción de la ‘peligrosidad’ del migrante: un análisis sobre las representaciones sociales de miembros del sistema judicial en la Ciudad de Buenos Aires”, en *Estudios Socio-Jurídicos*, [S.l.], v. 19, n. 2, pp. 63-95, jun. 2017. Disponible en: doi: <http://dx.doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/sociojuridicos/a.5423>.
- A. Gordillo, “El migrante irregular de la Ley 25.871. Otra modificación transversal al derecho argentino”, en *La Ley*, 2004-B.
- T. Hutchinson, *Derecho Procesal Administrativo*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2008.
- Naciones Unidas, *Manual para la lucha contra la trata de personas*, disponible en: https://www.unodc.org/pdf/Trafficking_toolkit_Spanish.pdf.
- A. Nieto, *Derecho Administrativo Sancionador*, Madrid, Tecnos, 2005.
- S. Novick, “Una nueva ley para un nuevo modelo de desarrollo en un contexto de crisis y consenso”, en R. Giustiniani, citado supra.
- A. P. Penchaszadeh y L. E. García, “Política migratoria y seguridad en Argentina hoy: ¿el paradigma de derechos humanos en jaque?”, en *URVIO Revista Latinoamericana de Estudios de Seguridad*, 2018, N°23, esp. pp. 100-104; disponible en: <https://revistas.flacsoandes.edu.ec/urvio/article/view/3554/2444>.
- C. Pérez González, *Migraciones irregulares y Derecho Internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012.
- M. Pinto, “El principio ‘pro homine’. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los Derechos Humanos”, en M. Abregú (comp.), *La aplicación de los Tratados sobre Derechos Humanos por los Tribunales Locales*, Buenos Aires, CELS, 2004.

La jurisprudencia citada en el texto se encuentra en los siguientes sitios web:

Corte Suprema de Justicia de la Nación: www.csjn.gov.ar en el enlace “Sentencias de la Corte Suprema”.

Otros tribunales nacionales: www.cij.gov.ar en el enlace “Búsqueda de sentencias”.

Corte Interamericana de Derechos Humanos: www.corteidh.or.cr en el enlace “Jurisprudencia”.

