

2017

## **La potestad de dispensa por razones de índole familiar, como facultad discrecional – exclusiva– de la Dirección Nacional de Migraciones.**

Rosario Muñoz

### **Resumen**

El decreto de necesidad y urgencia N° 70/2017 incorpora el artículo 62 *bis* al texto de la ley N° 25.871 a la vez que modifica su artículo 63, estableciendo que, en caso de ordenarse la expulsión de una persona migrante, la dispensa por razones de índole familiar y/o humanitaria que interponga, así como la determinación de la prohibición de reingreso permanente o temporaria que lleva implícita la deportación, serán facultad exclusiva de la Dirección Nacional de Migraciones, no pudiendo ser otorgadas judicialmente. Tales disposiciones quitan de la esfera del control jurisdiccional una materia que es eminentemente de su competencia, principalmente, por afectarse derechos de raigambre constitucional y convencional como ser el derecho a la vida familiar y los derechos de niños, niñas y adolescentes. En consecuencia, se analiza la declaración de inconstitucionalidad de tales artículos.

### **Voces**

Extranjeros. Expulsión de extranjeros. Migrantes. Derecho a la reunificación familiar. Revisión Judicial. Dirección Nacional de Migraciones.

## La potestad de dispensa por razones de índole familiar, como facultad discrecional –exclusiva– de la Dirección Nacional de Migraciones

### INDICE

1. Introducción
2. Antecedentes relevantes
3. Control jurisdiccional de los actos de la administración
4. Afectación del derecho a la vida familiar y derechos de los niños, niñas y adolescentes en casos de negativa de dispensa
5. Pronunciamientos de los tribunales argentinos
6. Conclusiones

#### 1. INTRODUCCIÓN

En el presente, analizaré el artículo 7 del [decreto de necesidad y urgencia \(DNU\) Nº 70](#) de fecha 27 de enero de 2017<sup>1</sup> que incorpora el artículo 62 *bis* al texto de [la ley Nº 25.871](#). El mencionado artículo establece:

El otorgamiento de la dispensa establecida en los artículos 29 y 62 de la presente Ley será una **facultad exclusiva** de la DIRECCIÓN NACIONAL DE MIGRACIONES, **no pudiendo ser otorgada judicialmente** (el destacado me pertenece).

La norma hace referencia a los supuestos de admisión excepcional de la radicación temporaria o permanente en el país de personas que encuadren en los supuestos de impedimento (art. 29) o de cancelación de residencia (art. 62) y aleguen razones humanitarias, de reunificación familiar o de auxilio eficaz a la justicia para permanecer en Argentina.

De igual modo, el art. 8 del DNU, que modifica el art. 63 de la [ley Nº 25.871](#), coloca en la esfera exclusiva de la Dirección Nacional de Migraciones (en adelante, DNM) la dispensa de la prohibición de reingreso permanente o temporaria que implícitamente acompaña toda orden de expulsión.

Más allá de las críticas que cabría realizar respecto a los vicios formales que permitirían cuestionar la validez jurídica del DNU, como a las consideraciones respecto a las causales de impedimento de radicación o su cancelación y los criterios restrictivos de aplicación de la

---

<sup>1</sup> Boletín Oficial, 30 de enero de 2017. Conforme lo establece el propio DNU, entró en vigencia el 31 de enero de este año.

dispensa establecidos en los artículos 29 y 62<sup>2</sup>; fundamentaré por qué los artículos 7 y 8 del DNU son inconstitucionales, en tanto quitan de la esfera del control judicial una materia que es eminentemente de su competencia, principalmente, por tratarse de la afectación de derechos de raigambre constitucional y convencional.

Para ello, haré foco en el análisis de razonabilidad y proporcionalidad que cabe realizar en relación con la restricción de derechos que puede operar tras el dictado de una orden de expulsión, principalmente, la afectación al derecho a la vida familiar y los derechos de niños, niñas y adolescentes. Luego, demostraré que, con carácter previo a la reforma, los jueces del fuero contencioso administrativo federal ejercían, efectivamente, un contralor de las decisiones de la administración en tal sentido.

## 2. ANTECEDENTES RELEVANTES

El 21 de julio de 2011, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH) homologó un informe de solución amistosa en un caso en el que el Estado argentino había sido denunciado por la expulsión de un migrante uruguayo al que se le habrían vulnerado sus derechos humanos a la libertad personal, la protección a las injerencias arbitrarias a la vida familiar, la protección a la familia, las garantías judiciales y la protección judicial<sup>3</sup>.

En la petición se argumentaba que el señor Juan Carlos De la Torre, de nacionalidad uruguaya, contaba con una autorización de la Dirección Nacional de Migraciones para trabajar en Argentina desde el año 1974. Sin embargo, fue detenido sin orden judicial y expulsado a su país a través de un proceso sumario que no le brindó garantías judiciales<sup>4</sup>.

El caso fue sumamente relevante. Argentina voluntariamente se obligó a revocar la decisión de expulsión y la prohibición de reingreso al país de la víctima –como medidas de restitución<sup>5</sup>– y abrió paso a la derogación del decreto-ley N° 22.349 (normativa migratoria vigente en ese entonces, conocida como “Ley Videla” por corresponder al último período dictatorial argentino) y sanción de la [ley N° 25.871](#) –como medidas de no repetición<sup>6</sup>. De igual modo, el Estado argentino se comprometió a realizar un análisis pormenorizado de la legislación vigente en

---

<sup>2</sup> Al respecto, el 13 de febrero de 2017, organizaciones de la sociedad civil iniciaron el expediente Nro. 3061/2017, caratulado “Centro de Estudios Legales y Sociales y otros C/ EN S/Amparo LEY 16.986”, en trámite por ante el Juzgado en lo Contencioso Administrativo Federal N°1, Secretaría N°1. Allí se discute, precisamente, la validez formal del DNU y la constitucionalidad de muchos de sus artículos. Al tiempo de redactarse el presente se encontraba pendiente de resolución la medida cautelar peticionada.

<sup>3</sup> Cfr. CIDH. Informe No. 85/11(solución amistosa). Petición 12.306, [Juan Carlos de la Torre](#) (Argentina).

<sup>4</sup> Cfr. CIDH, [Impacto del procedimiento de solución amistosa](#), 18 de diciembre de 2013, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 45/13, párr. 179.

<sup>5</sup> Idem, párr. 180

<sup>6</sup> Idem, párr. 181.

materia de migración, a fin de adecuar la normativa que pudiera contener disposiciones discriminatorias por la condición de extranjero de la persona o por su condición migratoria<sup>7</sup>.

Asimismo, ese proceso de solución amistosa fue fundamental para la aprobación y posterior ratificación, en febrero de 2007, de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migrantes y de sus Familias<sup>8</sup>.

La CIDH destacó que la [Ley de Migraciones N° 25.871](#) ha sido

...reconocida nacional e internacionalmente como una **pieza normativa modelo** que regula todo lo concerniente a la política migratoria argentina y a los derechos y obligaciones de los extranjeros que viven en dicho país<sup>9</sup> (el destacado me pertenece).

Recalcó también que se haya implementado un mecanismo de consulta con distintas organizaciones de derechos humanos para la elaboración del reglamento de la Ley de Migraciones (adoptado mediante [decreto 616/2010](#) y publicado en el Boletín Oficial el 6 de mayo de 2010)<sup>10</sup>.

Tras la entrada en vigencia del DNU 70/2017, el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) y el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL) realizaron una presentación ante la CIDH por la que denunciaron el incumplimiento de aquel acuerdo de solución amistosa. Esto motivó la convocatoria de oficio a una audiencia celebrada el 20 de marzo de 2017, donde los comisionados interpelaron a las partes. Entre los requerimientos de los representantes de la sociedad civil se incluyó la derogación del DNU<sup>11</sup>. En los próximos días, la CIDH publicará un informe sobre su último período de sesiones<sup>12</sup>, sin embargo, en conferencia de prensa, la comisionada Margarete Macaulay manifestó que

[l]a adopción del Decreto de Necesidad y Urgencia incorpora disposiciones regresivas de los derechos de los migrantes. La verdadera preocupación de la Comisión es que la Argentina fue un gran ejemplo sobre cómo tratar a los migrantes. Y ahora nos preocupa que haya retrocedido<sup>13</sup>.

### 3. CONTROL JURISDICCIONAL DE LOS ACTOS DE LA ADMINISTRACIÓN

La procedencia del control jurisdiccional de los actos de la administración surge de la [Ley de Procedimiento Administrativo N° 19.549](#), ha sido reafirmada por la jurisprudencia de los

<sup>7</sup> Idem, párr. 181.

<sup>8</sup> Idem, párr. 181.

<sup>9</sup> Idem, párr. 181.

<sup>10</sup> Idem, párr. 182

<sup>11</sup> Para ver el desarrollo de la audiencia: <http://www.oas.org/es/cidh/actividades/sesiones.asp>

<sup>12</sup> [Comunicado de prensa](#), CIDH culmina su 161º Período de Sesiones. 22 de marzo de 2017.

<sup>13</sup> Página 12, "[Advertencia de la CIDH](#)", nota del 23 de marzo de 2017.

tribunales internos y reconocida como parte integrante del debido proceso por los órganos internacionales de protección de los derechos humanos, especialmente, por la CIDH y por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH).

En efecto, en el art. 7 de la [ley Nº 19.549](#) se enumeran los requisitos esenciales del acto administrativo, en el art. 8 los requisitos de forma y en el art. 23 los supuestos en los que podrá impugnarse el acto administrativo de alcance particular, por ejemplo, “cuando revista calidad de definitivo y se hubieran agotado a su respecto las instancias administrativas” (inc. a).

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante, CSJN) tiene dicho que

...la circunstancia de que la entidad administrativa obrare en ejercicio de facultades discrecionales, en manera alguna puede constituir un justificativo de su conducta arbitraria, como tampoco de la omisión de los recaudos que, para el dictado de todo acto administrativo, exige la ley 19.549. Es precisamente la legitimidad – constituida por la legalidad y la razonabilidad– con que se ejercen tales facultades, el principio que otorga validez a los actos de los órganos del Estado y que permite a los jueces, ante planteos concretos de parte interesada, verificar el cumplimiento de dichas exigencias, sin que ello implique la violación del principio de división de poderes que consagra la Constitución Nacional (doctrina de Fallos: 307:639)<sup>14</sup>.

Se consideró también que tal revisión debe incluir el análisis de los hechos, pues si

...se dejare exclusivamente en manos de la Administración lo que concierne a la prueba de los hechos, todo agravio legítimo al respecto quedaría fuera del examen judicial, sin que el afiliado tuviese la oportunidad, entonces, de reclamar por la violación de sus derechos ante los órganos que la Constitución prevé a esos efectos. Y es fácil concluir que una indebida fijación de los hechos no puede ser subsanada con una acertada selección de normas jurídicas porque sería equivocado el presupuesto de que entonces se habría partido en el acto de juzgar<sup>15</sup>.

El Comité de Derechos Humanos (ONU) consideró que “la noción de arbitrariedad incluye elementos de procedencia, injusticia, imprevisibilidad y debidas garantías procesales, además de consideraciones relacionadas con la razonabilidad, la necesidad y la proporcionalidad”<sup>16</sup>.

En el examen de casos que involucran los derechos de los migrantes,

---

<sup>14</sup> CSJN, “Solá, Roberto y otros c/Estado Nacional - Poder Ejecutivo s/empleo público”, sentencia 25 de noviembre de 1997. En igual sentido, dictamen del Procurador Fiscal en “[Zhang, Peili c/Dirección Nacional de Migraciones s/amparo ley 16.986](#)”, de fecha 27 de abril de 2016.

<sup>15</sup> CSJN, “[López de Reyes, María Consuelo](#)”, sentencia del 25 de septiembre de 1959, del voto del Dr. Boffi Boggero. Fallos 244:548.

<sup>16</sup> Comité de Derechos Humanos (ONU), “[DT y AA v. Canadá](#)”. 29 de septiembre de 2016, párr. 7.6.

...tanto la CIDH como la Corte IDH [...] ha[n] subrayado **la necesidad de regular y restringir la discrecionalidad estatal**<sup>17</sup>.

La justicia, entendieron tales órganos, debe ocuparse de realizar, al menos, la supervisión esencial de la legalidad y racionalidad de las decisiones de la administración a fin de acatar las garantías consagradas en la CADH<sup>18</sup>.

En el caso "[Loren Laroye](#)", por ejemplo, se concluyó que las víctimas "...tendrían que haber tenido acceso a un órgano jurisdiccional a fin de que [...] diera lugar a la presentación de pruebas de descargo y les permitiera la **impugnación judicial de la decisión de expulsión**"<sup>19</sup>. Incluso, esta garantía se considera aplicable a los casos de personas interceptadas y sumariamente devueltas, quienes deberían poder defender sus derechos ante una autoridad competente, y particularmente ante un tribunal de justicia<sup>20</sup>.

Recientemente, el Procurador Fiscal ante la CSJN, con remisión a la jurisprudencia de ese tribunal, sostuvo que "...en materia de extranjeros, por amplias que sean las facultades de la administración 'su ejercicio no puede ser absoluto ni discrecional. Si ello ocurre, es misión de los jueces acordar a esos derechos la correspondiente tutela'"<sup>21</sup>. En ese caso concreto, por ejemplo, el Procurador concluyó que la decisión administrativa que impidió la permanencia del actor en el país, carecía de base legal.

En el caso "[Barrios Rojas](#)" la Sala V, de la CNACAF interpretó el alcance del término "podrá" del art. 29 *in fine* de la [Ley N° 25.871](#)<sup>22</sup> y afirmó que "...respecto de la autoridad administrativa debe entenderse como una facultad discrecional sin que se pueda asimilar discrecionalidad a irrazonabilidad. En otras palabras, lo discrecional debe ser razonable, y en el caso de autos, no lo es"<sup>23</sup>.

---

<sup>17</sup> CIDH, [El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el sistema interamericano de derechos humanos](#). 7 de septiembre de 2007, párr. 12 y 13

<sup>18</sup> Cfr. Idem, parr 16.

<sup>19</sup> CIDH, Caso "[Loren Laroye Riebe Star, Jorge Barón Guttlein y Rodolfo Izal Elorz v. México](#)", 13 de abril de 1999, párr. 44.

<sup>20</sup> Cfr. CIDH, "[Comité Haitiano de Derechos Humanos et. Al. v. Estados Unidos de América](#)", Caso 10.675, Informe N°51/96, del 13 de marzo de 1997, párr. 180.

<sup>21</sup> Dictamen del Procurador Fiscal en la causa "[A. L. Pedro Roberto](#)", del 9 de febrero de 2017, con cita del dictamen emitido en la causa S.C.FMP8104827112009/CS1, el 27 de abril de 2016. En igual sentido, Fallos 268:3963, considerando 6, "Arguello" citado en dictamen del Procurador Fiscal en "[Zhang, Peili c/Dirección Nacional de Migraciones s/amparo ley 16.986](#)", de fecha 27 de abril de 2016.

<sup>22</sup> [Ley N° 25.871](#), art. 29 *in fine*: "La Dirección Nacional de Migraciones, previa intervención del Ministerio del Interior, podrá admitir, excepcionalmente, por razones humanitarias o de reunificación familiar, en el país en las categorías de residentes permanentes o temporarios, mediante resolución fundada en cada caso particular, a los extranjeros comprendidos en el presente artículo".

<sup>23</sup> CNACAF, Sala V, "[Barrios Rojas Zoyla Cristina c/EN-DNM Resol 561/11 \(Expte 2091169/06 \(805462/95\)\) y otro s/recurso directo para juzgados](#)", Expte 31968/11 sentencia de fecha 31 de marzo de 2015.

En tal sentido, en el caso “Cespedes Cruz”, la Sala I del CNACAF sostuvo que la dispensa es una facultad propia y discrecional de la administración, que debe ser efectuada de conformidad con las leyes reglamentarias de cada Estado y debe ser compatible con las normas de protección de los derechos humanos establecidas en la CADH, debiendo realizarse un juicio de ponderación razonable entre los intereses involucrados. Así consideró que la interpretación que realizó la DNM en el caso, tornó totalmente inoperante la dispensa ministerial y negó, en definitiva, “...al extranjero un derecho que, aunque revista carácter excepcional, la propia ley reconoce”<sup>24</sup>.

El Juzgado en lo Contencioso Administrativo Federal Nº 11, por su parte, afirmó que “a través de la revisión judicial se trata de lograr que el derecho positivo cumpla acabadamente con su cometido esencial que es alcanzar la justicia. Para ello, toda la actividad estatal debe estar guiada por la razonabilidad. Es razonable aquello que resulta conforme a la razón, justo, moderado, prudente, en síntesis, lo que dicte el sentido común”<sup>25</sup>. Agregó que la irrazonabilidad de una decisión administrativa puede configurarse por no respetar el principio de proporcionalidad, no utilizar un medio idóneo para alcanzar el fin perseguido y no respetar el principio de igualdad<sup>26</sup>. Nótese que esta decisión es posterior a la entrada en vigencia del DNU Nº70/2017.

Por otro lado, en un sistema de control constitucional difuso como el nuestro, los jueces están llamados a asegurar la primacía de la Constitución Nacional y la convencionalidad de las normas y de todo acto que pueda generar la responsabilidad internacional del Estado. En ese sentido, la Corte IDH sostuvo que “la revisión por parte de un juez o tribunal es un requisito fundamental para garantizar un adecuado control y escrutinio de los actos de la administración que afectan los derechos fundamentales”<sup>27</sup>, por lo que deben extremarse las posibilidades de interpretación del principio pro actione, en el sentido más favorable al acceso a la jurisdicción<sup>28</sup>, conforme os pronunciamientos de la CIDH. La Corte IDH consideró, concretamente, que “...si bien los Estados guardan un ámbito de discrecionalidad al determinar sus políticas migratorias, los objetivos perseguidos por las mismas deben respetar los derechos humanos de las personas migrantes”<sup>29</sup>

---

<sup>24</sup> CNACAF Sala I, “Cespedes Cruz Raquel c/En.M del Interior-Resol 715/11-DNM (expte 808848/08) s/recurso directo para juzgados”, expte 43.011/2011, sentencia del 1 de septiembre de 2016.

<sup>25</sup> Juzgado en lo Contencioso Administrativo Federal Nº11, Expediente “T.H.S c/EN-M. del Interior-DNM-Resol415 (Ex208306/09) y otro s/recurso directo DNM, expediente 35325/2012, sentencia del 23 de febrero de 2017.

<sup>26</sup> Idem.

<sup>27</sup> Corte IDH, Caso “[Vélez Loor v. Panamá](#)”. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010, Serie C Nro. 218, párr. 126

<sup>28</sup> Cfr. CIDH, [Informe 105/99](#), Caso 10.194, Narciso Palacios (Argentina). 29 de septiembre de 1999, párr. 61.

<sup>29</sup> CorteIDH, “[Vélez Loor v. Panamá](#)”, Sentencia del 23 de noviembre de 2010, párr. 97; Opinión Consultiva OC-18/03 “[Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados](#)”, 17 de septiembre de 2003 párr. 168; “Asunto Haitianos y Dominicanos de origen Haitiano en la República Dominicana respecto República Dominicana. Medidas Provisionales. Resolución del 18 de agosto de 2000, considerando 4º; CIDH, Caso Rafael Ferrer-Mazorra y otros v. Estados Unidos de América, [Informe 51/01](#), Caso 9903, del 4 de abril de 2001, párr. /179.

En la materia que nos ocupa, la CIDH tiene dicho que una orden de expulsión o deportación debe poder revisarse a partir de consideraciones humanitarias y de otro orden, sopesándolas en relación con el derecho de un Estado soberano de hacer cumplir una política de inmigración razonable y objetiva<sup>30</sup>. Ello es, precisamente, lo que se pretende lograr con la incorporación del instituto de la dispensa a la [ley N° 25.871](#).

A ello cabe agregar que, en los casos en que la expulsión de uno o ambos progenitores afecte el interés o los derechos de un niño, niña o adolescente, debe contarse con un procedimiento que permita verificar en todo momento la idoneidad y legitimidad de la medida, la que debe estar motivada en la ley, ser razonable y pertinente en el fondo y la forma<sup>31</sup>.

Así, por ejemplo, en el “Rodríguez Buela”, la asesora tutelar de menores, al tomar la intervención que le compete, requirió la nulidad de todo lo actuado con posterioridad a la denuncia del nacimiento de la hija del actor, para poder invocar los derechos que asisten a la niña en respeto del interés superior del niño<sup>32</sup>. Si bien no se hizo lugar a lo requerido, pues la decisión de fondo adoptada en el caso salvaguardaba los derechos de la niña, es necesario preguntarse ¿cuándo intervendría el asesor de menores, en qué momento del trámite, si la dispensa no puede ser revisada judicialmente?

La construcción de éstos estándares permite concluir que, aun cuando los Estados tengan la facultad de establecer mecanismos de control de ingreso, permanencia y salida de su territorio, tales políticas deben ser compatibles con los derechos humanos de las personas migrantes. En concreto, cuando una orden de expulsión pueda afectar el derecho a la vida familiar y los derechos de niños, niñas y adolescentes, se debe extremar el control que sobre dicha decisión se ejerce, observando el cumplimiento de los requisitos legales para el dictado de un acto administrativo, pero por sobre todo, verificando la razonabilidad y proporcionalidad de esa medida. Es evidente que, cuando se interponen defensas de índole familiar y/o humanitaria, la decisión de la DNM en sentido negativo debe poder ser revisada por los jueces, dada la índole de los derechos en juego.

#### **4. AFECTACIÓN DEL DERECHO A LA VIDA FAMILIAR Y DERECHOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN CASOS DE NEGATIVA DE DISPENSA**

En efecto, la práctica de expulsiones o deportaciones de personas con vínculos familiares en el país de destino es una de las situaciones que plantea con mayor claridad la tensión entre el poder soberano para determinar quiénes pueden ingresar o permanecer en su territorio y las obligaciones de los Estados de proteger la familia y los niños/as. Por ese motivo, se requiere la

<sup>30</sup> Cfr. [CIDH, Caso “Wayne Smith, Hugo Armendariz y otros \(Estados Unidos\)”](#). Caso 12.562. 12 de julio de 2010, párr. 5.

<sup>31</sup> Cfr. Corte IDH, Opinión Consultiva 17/2002 [“Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño](#), 28 de agosto de 2002, párr. 112 y 113.

<sup>32</sup> CNCAF, Sala I, “Rodríguez Buela Raul/Defensoría Pública c/En-M del Interior-DNM y otro s/recurso directo DNM”, Expte 22428/12, sentencia del 9 de junio de 2016.



realización de un balance entre el ejercicio de las potestades antes mencionadas con el derecho a respetar y proteger la vida familiar<sup>33</sup>. A ello se refiere, precisamente, la normativa argentina cuando regula el supuesto de dispensa por razones de índole familiar.

El derecho internacional de los derechos humanos protege la vida privada y familiar y reduce a supuestos de excepción las posibilidades de separación de un niño/a de su núcleo familiar<sup>34</sup>. Conforme el art. 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño, las medidas que impliquen la separación de padres e hijos deberán ser extremadamente excepcionales y **ser sometidas a revisión judicial**<sup>35</sup>. Además, dado que no existe en el ámbito internacional -ni local- una definición unánime de familia, la existencia de “vínculo familiar” es una cuestión de hecho que debe ser analizada caso por caso por las autoridades competentes en el marco de los procedimientos que puedan afectarla, tal como son los procedimientos que conllevan la expulsión o deportación<sup>36</sup>.

Respecto de esta prueba de equilibrio o balance mucho se ha escrito ya<sup>37</sup>.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH), en su jurisprudencia constante, determinó que, en la medida en que una deportación pueda interferir en el derecho a la vida familiar, dicha medida deberá estar prevista por ley, perseguir un fin legítimo y ser necesaria en una sociedad democrática. Sólo cuando la medida reúna todos estos requisitos se entenderá que es legal y no arbitraria y que, por lo tanto, se encuentra de conformidad con lo establecido en el artículo 8.2 del Convenio<sup>38</sup>. En tal sentido, destacó que cuanto más sólidos son los vínculos

---

<sup>33</sup> Cfr. Idem, párr. 346.

<sup>34</sup> El derecho a la protección a la familia y la prohibición a las interferencias arbitrarias a la vida familiar se encuentran reconocidos a nivel del Sistema Interamericano en los artículos 11.2 y 17 de la Convención Americana, así como en los artículos V y VI de la Declaración Americana; del Sistema Universal de Derechos Humanos en los artículos 17 y 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en los artículos 14 y 44 de la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares; y en los artículos 9, 10 y 16 de la Convención sobre los Derechos del Niño; del Sistema Africano en el artículo 18 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos; del Sistema Europeo en el artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales y del Sistema Árabe en el artículo 33 de la Carta Árabe de Derechos Humanos.

<sup>35</sup> Cfr. CIDH, [Derechos humanos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazados internos: Normas y estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos](#), 31 de diciembre de 2015, párr. 345.

<sup>36</sup> Cfr. Idem, párr. 350.

<sup>37</sup> Para un desarrollo más extenso, puede recurrirse a Lucas Mendos y Rosario Muñoz, ["Garantías procesales en procesos de expulsión de migrantes: estándares internacionales y su recepción en el derecho interno argentino"](#) Capítulo 4, en Rey Sebastián (editor), Problemas Actuales de Derechos Humanos I, Eudeba, Buenos Aires, 2012, pp. 165-217.

<sup>38</sup> Cfr. TEDH, C. v. Bélgica. 24 de junio de 1996, No. 35/1995/541/627, párr. 31; TEDH, “Beldjoudi v. Francia”. Sentencia de 26 de marzo de 1992, No. 12083/86, párr. 74; TEDH, “Nasri v. Francia”, Sentencia de 13 de julio de 1995, No. 19465/92, párr. 41; TEDH, “Boughanemi v. Francia”, Sentencia de 24 de abril de 1996, No. 22070/93, Rep. 1996-II, Fasc. 8, párr. 41; TEDH, “Bouchelkia v. Francia”, Sentencia de 1 de enero de 1997, No. 230078/93, Rep. 1997-I, fasc. 28, párr. 48; TEDH, “Boudjaidii v. Francia”, Sentencia de

del individuo y más prolongada su residencia, más difícil será para el Estado demostrar la proporcionalidad de la medida<sup>39</sup>. Además, estimó que debe realizarse el mismo *test* respecto de la duración de la prohibición de residir<sup>40</sup>.

Asimismo, en casos de familias con hijos, cualquier decisión relativa a la separación del niño del núcleo familiar debe estar justificada por el interés del niño<sup>41</sup>, máxime si se considera que el disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye un elemento fundamental en la vida de familia<sup>42</sup>, por lo cual, las medidas que impidan ese goce constituyen una interferencia en el derecho protegido en el artículo 8 del Convenio Europeo<sup>43</sup>.

El Comité de Derechos Humanos (ONU) realiza una prueba de equilibrio similar entre los intereses del Estado y los derechos de la familia de la persona cuando se trata de casos de deportación. Primero analiza si una orden fue expedida de conformidad con la ley y los intereses legítimos del Estado y luego si se prestó debida consideración a las conexiones familiares del deportado<sup>44</sup>.

Entre esas conexiones se contempló: la edad que tenía el migrante cuando emigró; el tiempo de residencia en el país receptor; los vínculos familiares del migrante en el país receptor; el alcance de las penurias que constituye la deportación para la familia del no nacional; las contribuciones sociales del no nacional; el alcance de los vínculos de éste en su país de origen; su capacidad para hablar los idiomas principales de su país de origen; el carácter y severidad del delito(s) cometido(s) por el no nacional; la edad del no nacional en el momento que cometió el delito; el período transcurrido desde que el no nacional tuvo actividad delincencial; pruebas de la rehabilitación del no nacional, con respecto a su actividad criminal; y los esfuerzos realizados

---

26 de septiembre de 1997, Rep. 1997-VI, fasc. 51, párr. 39; TEDH, “Boujlifa v. Francia”, Sentencia de 21 de octubre de 1997, 122/1996/741/940, Rep. 1997-VI, fasc. 54, párr. 42. Véase también CIDH, Informe No. 81/10, Caso 12.562, “[Wayne Smith, Hugo Armendariz y otros \(Estados Unidos\)](#)”, 12 de julio de 2010, párr. 54.

<sup>39</sup> Cfr. TEDH, “Beldjoudi v. Francia”. Sentencia de 26 de marzo de 1992, No. 12083/86; TEDH, “Berrehab v. Países Bajos”, Sentencia del 21 de junio de 1988.

<sup>40</sup> Cfr. TEDH, “Maslov v. Austria”, sentencia de 23 de junio de 2008, párr. 88 y 99.

<sup>41</sup> Cfr. TEDH, MPEV y otros v. Suiza. Sentencia de 8 de julio de 2014, párr. 51; TEDH, “T y K v. Finlandia”, Sentencia del 12 de julio de 2001, párr. 168; TEDH, “Scozzari y Giunta v. Italia”, Sentencia del 11 de julio de 2000, párr. 148; y TEDH, “Olsson v. Suecia (Nº 1)”, Sentencia del 24 de marzo de 1988, Series A No. 130, párr. 72.

<sup>42</sup> Cfr. TEDH, “Buchberger v. Austria”, Sentencia del 20 de diciembre de 2001, párr. 35; TEDH, “T y K v. Finlandia”, Sentencia del 12 de julio de 2001, párr. 151; TEDH, “Elsholz v. Alemania”, Sentencia del 13 de julio de 2000, párr. 43; TEDH, “Bronda v. Italia”, Sentencia del 9 de junio de 1998, Reports 1998-IV, párr. 51; y TEDH, “Johansen v. Noruega”, Sentencia del 7 de agosto de 1996, Reports 1996-IV, párr. 52.

<sup>43</sup> Inter alia, TEDH, “Buchberger v. Austria”, Sentencia del 20 de noviembre de 2001, párr. 35; TEDH, “Elsholz v. Alemania”, Sentencia del 13 de julio de 2000, párr. 43; TEDH, Case “Bronda v. Italia”, Sentencia del 9 de junio de 1998, Reports 1998-IV, párr. 51; y TEDH, “Johansen v. Noruega”, Sentencia del 7 de agosto de 1996, Reports 1996-III, para 52.

<sup>44</sup> Cfr. Comité de Derechos Humanos de la ONU, “[Stewart v. Canadá](#)”, sentencia de diciembre de 1996, No. 538/1993, párr. 12.10.

por el no nacional para obtener la nacionalidad en el Estado receptor<sup>45</sup>. De igual modo, deben ponderarse cuestiones atinentes a la salud del propio migrante y de su grupo familiar<sup>46</sup>.

Idéntico razonamiento siguió la CIDH al afirmar que “...una prueba de equilibrio es el único mecanismo que se puede utilizar para lograr una decisión justa que contemple tanto los derechos humanos del individuo como las necesidades fijadas por el Estado”<sup>47</sup>. Si bien en el sistema interamericano se siguieron los lineamientos citados, la CIDH ha señalado que “...dichos elementos no conforman una lista exhaustiva ni unas consideraciones rígidas que deben ser abordadas en cada caso. El examen para balancearlos debe ser flexible respecto a los hechos específicos de cada caso individual”<sup>48</sup>. La CIDH también destacó que **los Estados deben establecer oportunidades procesales para evitar la expulsión en los casos en que tal medida supondría un grave daño para la vida familiar de la persona a ser expulsada, así como de los miembros de su familia, en especial si entre estos se encuentran hijos menores de edad**<sup>49</sup>.

La Corte IDH, por su parte, ha sostenido que cualquier decisión de un órgano judicial o administrativo que deba decidir acerca de la separación familiar, en razón de la condición migratoria de uno o ambos progenitores, debe contemplar las circunstancias particulares del caso concreto a la vez que debe perseguir un fin legítimo, ser idónea, necesaria y proporcionada<sup>50</sup>. Entre las circunstancias particulares a analizar en cada caso enumeró: a) la

---

<sup>45</sup> Todos estos factores han sido considerados por el TEDH (en el contexto del art. 8, consideraciones del derecho a la familia) y por el Comité de Derechos Humanos en sus deliberaciones sobre casos similares. Véase, por ejemplo, TEDH, “Berrehab v. Países Bajos”, Sentencia del 21 de junio de 1988, No. 10730/84, párr. 23; TEDH, “Moustaquim v. Bélgica”, Sentencia de 19 de febrero de 1991, No. 12313/86; TEDH, “Beldjoudi v. Francia”, Sentencia de 26 de marzo de 1992, No. 12083/86; TEDH “Nasri v. Francia”, Sentencia de 13 de julio de 1995, No. 19465/92; TEDH, “Boughanemi v. Francia”, Sentencia de 24 de abril de 1996, No. 22070/93, Rep. 1996-II, Fasc. 8, párr. 32; TEDH v. Belgium, 24 de junio de 1996, No. 35/1995/541/627; TEDH, “Bouchelkia v. Francia”, Sentencia de 1 de enero de 1997, No. 230078/93, Rep. 1997-I, fasc. 28; TEDH, “Boudjaidii v. Francia”, Sentencia de 26 de septiembre de 1997, Rep. 1997-VI, fasc. 51; TEDH, “Boujlifa v. Francia”, Sentencia de 21 de octubre de 1997, 122/1996/741/940, Rep. 1997-VI, fasc. 54; “Mehemi v. Francia (No. 2)”, Sentencia de 10 de abril de 2003, No. 53470/99 (sect. 3)(bil.), TEDH 2003-IV; TEDH, “Bousarra v. Francia”, sentencia de 23 de septiembre de 2010; Comité de Derechos Humanos, “Stewart v. Canadá”, Sentencia de diciembre de 1996, No. 538/1993, párr. 12.10; Comité de Derechos Humanos, “Winata v. Australia”, 16 de agosto de 2001, No. 930/2000.

<sup>46</sup> Cfr. TEDH, “Zakayev y Safanova v. Rusia”, sentencia de 11 de febrero de 2010; TEDH, “Khan AW v. Reino Unido”, sentencia de 12 de enero de 2010.

<sup>47</sup> CIDH, Caso “[Wayne Smith, Hugo Armendariz y otros \(Estados Unidos\)](#)”. Caso 12.562. 12 de julio de 2010, párr. 58.

<sup>48</sup> Idem, párr. 55.

<sup>49</sup> Cfr. CIDH, [Derechos humanos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazados internos: Normas y estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos](#), 31 de diciembre de 2015, párr. 367. Ver también Informe de la CIDH sobre la [Situación de los Derechos Humanos de los solicitantes de Asilo en el Marco del sistema canadiense de determinación de la condición de refugiado](#), párr. 163 (2000).

<sup>50</sup> Cfr. Corte IDH, [Opinión Consultiva OC 21/14](#), Derechos y Garantías de Niñas y Niños en el Contexto de la Migración y/o en Necesidad de Protección Internacional, de fecha 19 de agosto de 2014, párr., 153, 275 y 281.

historia migratoria, el lapso temporal de la estadía y la extensión de los lazos del progenitor y/o de su familia con el país receptor; b) la consideración sobre la nacionalidad, guarda y residencia de los hijos de la persona que se pretende deportar; c) el alcance de la afectación que genera la ruptura familiar debido a la expulsión, incluyendo las personas con quienes vive la niña o el niño, así como el tiempo que la niña o el niño ha permanecido en esta unidad familiar, y d) el alcance de la perturbación en la vida diaria de la niña o del niño si cambiara su situación familiar debido a una medida de expulsión de una persona a cargo de la niña o del niño, de forma tal de ponderar estrictamente dichas circunstancias a la luz del interés superior de la niña o niño en relación con el interés público imperativo que se busca proteger<sup>51</sup>.

Se observa un consenso entre los órganos de protección de los derechos humanos respecto a la necesidad de realizar un *test* de equilibrio o proporcionalidad de las medidas que impliquen la expulsión de una persona de un territorio del que no es nacional, escrutinio que se ve agravado si la medida afecta de algún modo los intereses de niños, niñas y adolescentes. Por supuesto que este *test* puede –y debe– ser realizado en sede administrativa al tiempo de adoptarse una decisión en un caso concreto, pero ello no significa que los jueces no estén llamados a revisar tal decisión no sólo en cuanto a sus aspectos formales sino también en cuanto a ese balance y sopesar la índole de los derechos que pueden verse afectados.

Por otro lado, en forma autónoma o como un supuesto de dispensa por razones humanitarias, podría plantearse la aplicación del llamado “principio de no devolución” en un supuesto de expulsión. Al respecto, la Corte IDH ha interpretado el art. 22.8 de la CADH sosteniendo que

...en el sistema interamericano está reconocido el derecho de cualquier persona extranjera, y no solamente a los asilados o refugiados, a la no devolución indebida cuando su vida, integridad y/o libertad estén en riesgo de violación, sin importar su estatuto legal o condición migratoria en el país en que se encuentre<sup>52</sup>.

Los jueces deben ponderar, asimismo, la aplicación del principio de no devolución, tomar en cuenta la posibilidad de que se encuentre en riesgo la vida y la integridad física de la persona y la responsabilidad internacional en la que el Estado podría incurrir en caso de desconocer ese peligro.

Finalmente, no debe perderse de vista que la aplicación de los arts. 7 y 8 del DNU, tal y como se pretende, puede vulnerar también el principio de igualdad y no discriminación, pues en casos de expulsión no se podrá sujetar a revisión judicial la decisión de separación de un niño o niña de su grupo familiar, como sí se realiza en otros casos. Por ejemplo, cuando un niño/a es

<sup>51</sup> Cfr. *Idem*, párr. 279; y Corte IDH. “[Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas v. República Dominicana](#)”. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C No. 282, párr. 357.

<sup>52</sup> Corte IDH, Caso “[Familia Pacheco Tineo v. Bolivia](#)”, sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, de fecha 25 de noviembre de 2013, párr. 135.

separado/a de su grupo familiar por haber sido víctima de violencia, el organismo administrativo de protección que adopta tal medida debe sujetarla a un control de legalidad por ante un Juez civil y establecer, en principio, un lapso temporal para tal medida<sup>53</sup>. Sin embargo, en caso de que la separación responda a la condición migratoria de uno o ambos progenitores, el DNU pretende que no exista control judicial aun cuando la medida pueda llegar a tener carácter permanente –recuérdese que las medidas de expulsión se dictan con prohibición de regresar al país por lapsos de tiempo extremadamente prolongados–. En tal sentido, cabe recordar que “...los Estados [...] no pueden discriminar o tolerar situaciones discriminatorias en perjuicio de los migrantes”<sup>54</sup>, cuando exista un trato diferenciado éste deberá ser siempre razonable, objetivo, proporcional y no lesionar los derechos humanos<sup>55</sup>.

### 5. PRONUNCIAMIENTOS DE LOS TRIBUNALES ARGENTINOS

En línea con lo expuesto en el apartado anterior y sin pretender realizar un análisis exhaustivo de la totalidad de la jurisprudencia, demostraré en el presente apartado que los jueces ejercían, en efecto, la revisión jurisdiccional de las dispensas de la DNM, sobre la base de la [ley Nº 25.871](#). En muchos casos, los jueces han acordado con la decisión de la DNM, pronunciándose por la procedencia de la orden de expulsión. Esto es, precisamente, lo que se requiere, que los jueces revisen los hechos en que se funda la decisión, la legalidad y razonabilidad del acto administrativo, y lleven a cabo el *test* de proporcionalidad que les compete, aun cuando su resultado sea, igualmente, adverso a los intereses de los migrantes.

En sus análisis, tanto los jueces de primera instancia como los camaristas del fuero contencioso administrativo federal, dan cuenta de los tratados de derechos humanos y de la jurisprudencia de los órganos de los sistemas en orden a respetar los compromisos asumidos por el Estado. En tal sentido, han aplicado el *test* de proporcionalidad o balance que es exigido cuando se pretende expulsar a una persona del territorio argentino, entendiendo que pueden ejercer un control sobre ésta facultad discrecional -más no arbitraria- de la administración.

Así, el Procurador Fiscal ante la CSJN, en casos que aún no han sido resueltos por el tribunal supremo, afirmó que:

...la ley 25.871 consagra un derecho subjetivo de las personas migrantes a la unidad familiar que determina tanto obligaciones positivas del Estado dirigidas a proteger razonablemente la unidad de la familia en el contexto migratorio, como obligaciones negativas a fin de evitar actos de la Administración que puedan

<sup>53</sup> [Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes N° 26.061](#), arts. 39 a 41.

<sup>54</sup> Corte IDH, [Opinión Consultiva O/C 18/03](#), Condición Jurídica y Derecho de los Migrantes Indocumentados, de fecha 17 de septiembre de 2003, párr. 119.

<sup>55</sup> Ídem.

ocasionar una injerencia arbitraria o abusiva en la vida familiar por razones migratorias<sup>56</sup>.

En tal sentido,

...el reconocimiento de la unidad familiar para acceder a la residencia permanente [...] no es un asunto discrecional sujeto al arbitrio de la autoridad administrativa. Por el contrario, al ejercer sus facultades administrativas la autoridad debe cumplir con las pautas objetivas que fija el orden legal y con el derecho a la unidad familiar de raíz constitucional<sup>57</sup>.

Al precisar las variables a ponderar en el juicio de razonabilidad, la Sala V de la CNCAF, afirmó que en estos procesos de expulsión se debe valorar la fecha de llegada del migrante al país, el tiempo transcurrido desde la actividad delictiva, su reinserción en la sociedad a través del trabajo y la constitución de su grupo familiar, entre otros<sup>58</sup>. Se concluyó que “...el resultado no puede ser otro que entender que no resulta razonable la solución tomada por la autoridad administrativa”<sup>59</sup>.

La aplicación de tales criterios fue seguida por el Juzgado en lo Contencioso Administrativo Federal Nº 3, al sostener que

...no resulta razonable la solución tomada por la autoridad administrativa en cuanto a la negativa de la dispensa ministerial con fundamento únicamente en la “entidad del delito por el que fuera condenado el nombrado”, sin tomar en consideración el tiempo transcurrido desde que el actor tuvo una actividad delictual –fue hace 14 años atrás, en noviembre de 2001–, su posterior reinserción en la sociedad ejerciendo durante largo tiempo una actividad laboral lícita, la radicación de la totalidad de su núcleo familiar en este país, el difícil estado de salud por cual está atravesando su familiar más directo (madre) y la total ausencia de vínculos familiares en su país de origen<sup>60</sup>.

<sup>56</sup> Dictamen del Procurador Fiscal en “[Zhang, Peili c/Dirección Nacional de Migraciones s/amparo ley 16.986](#)”, de fecha 27 de abril de 2016.

<sup>57</sup> Idem.

<sup>58</sup> Cfr. CNCAF, Sala V, “[Barrios Rojas Zoyla Cristina c/EN-DNM Resol 561/11 \(Expte 2091169/06 \(805462/95\)\) y otro s/recurso directo para juzgados](#)”, Expte 31968/11 sentencia de fecha 31 de marzo de 2015 y “[Da Vitoria Rosicleia c/EN-DNM Resol 1707 \(Expte Nro. 215280/1998 y Nro. 211.489/00\) s/recurso directo para juzgados](#)” Expte 8075/12 sentencia de fecha 10 de marzo de 2016. En este caso, además, el Ministerio Público Fiscal dictaminó en igual sentido.

<sup>59</sup> CNCAF, Sala V, “[Barrios Rojas Zoyla Cristina c/EN-DNM Resol 561/11 \(Expte 2091169/06 \(805462/95\)\) y otro s/recurso directo para juzgados](#)”, Expte 31968/11 sentencia de fecha 31 de marzo de 2015.

<sup>60</sup> Juzgado en lo Contencioso Administrativo Federal Nº3, Encomenderos Noriega Walter Luis c/EN-M del Interior-DNM-Disp 2358/10 (Expte 225826/01) s/recurso directo DNM”, expte 10989/2012, sentencia del 21 de septiembre de 2015.

En similar sentido, la Sala I de la CNACAF se resolvió que “...la demandada omitió valorar en los actos administrativos bajo examen las condiciones personales del actor. [...] Esa omisión desvirtúa la finalidad de la decisión administrativa y la vuelve irrazonable”<sup>61</sup>.

En el caso “CCR” la señora Jueza Federal María Alejandra Biotti, jueza a cargo del Juzgado en lo Contencioso Administrativo Federal 5, sostuvo:

...es aquí, donde la resolución puesta en crisis recae en ilegalidad y arbitrariedad no sólo por vulnerar un principio humano fundamental cual es el pro homine, al separar a la migrante de su núcleo familiar y primordialmente de sus hijas, sino que además, no puede soslayarse que Argentina es parte de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (CDN) desde 1990 y que en el marco de ese instrumento la protección integral de la infancia debe primar sobre cualquier objetivo o interés de la política migratoria (conforme Opinión Consultiva de la Corte Interamericana sobre los Derechos de la Niñez en el contexto de las Migraciones, OC 21 solicitada por Argentina y los demás miembros del Mercosur, en el año 2011)<sup>62</sup>.

Recientemente, aun tras la entrada en vigencia del DNU N°70/2017, la jueza a cargo del Juzgado en lo Contencioso Administrativo Federal 11 consideró que debía dejarse sin efecto la resolución de la DNM por cuanto la situación personal de la actora “encuadra dentro de un concreto caso de pedido de reunificación familiar que se sustenta por la conducta de la actora y el tiempo de residencia en territorio argentino con el fin de educar y criar a sus hijos”<sup>63</sup>. Para así decidir, compartió los argumentos de la Defensora Pública Oficial, quien consideró que el Estado no tuvo en cuenta al momento de resolver el expediente administrativo, la existencia de vínculos familiares de la actora, el grado de dependencia de los hijos respecto de la madre y su corta edad<sup>64</sup>.

Es evidente que no se trata de sustituir las facultades de la DNM en orden a otorgar una dispensa por razones de índole familiar y/o humanitaria, si no de analizar si las restricciones a derechos constitucionales y convencionales que ella implica, guardan proporcionalidad con el fin que se pretende proteger. Ello requiere un examen cuidadoso de la cuestión y, en los casos en que se

---

<sup>61</sup> CNACAF; Sala I, Rodríguez Buena Raul/Defensoría Pública c/En-M del Interior-DNM y otro s/recurso directo DNM”, Expte 22428/12, sentencia del 9 de junio de 2016.

<sup>62</sup> Juzgado en lo Contencioso Administrativo Federal 5, CCR c/EN.M. del Interior-Resol 715/11-DNM (Expte 808848/08) s/recurso directo para juzgados, expte 43011/2011, sentencia del 12 de agosto de 2015. En igual sentido Juzgado en lo Contencioso Administrativo Federal N°8, Benavides Aguilar Mabel Leidy y otro c/EN-M. del Interior-RSL1072/11-DNM-RSL87560/09 (Exp 242169/08) s/recurso directo dnm”, sentencia del 2 de mayo de 2016.

<sup>63</sup> Juzgado en lo Contencioso Administrativo Federal N°11, Expediente “T.H.S c/EN-M. del Interior-DNM-Resol415 (Ex208306/09) y otro s/recurso directo DNM, expediente 35325/2012, sentencia del 23 de febrero de 2017.

<sup>64</sup> Idem.

afecte el interés superior del niño o niña que integra el grupo familiar, la intervención del Defensor de Menores en resguardo de sus derechos e intereses. Son los jueces los funcionarios llamados a controlar la adopción de este tipo de decisiones y de verificar los recaudos legales exigidos al efecto; por lo que no puede prohibirse su intervención normativamente para todos los casos de aquí al futuro. En efecto, el control judicial es el último resorte para asegurar el derecho a la vida familiar e impedir que se consolide la violación a un derecho que, además, podría ser irreversible.

## 6. CONCLUSIONES

A modo de cierre, me gustaría recordar las palabras del Comité de Derecho Humanos cuando afirmó que “...las medidas migratorias de carácter restrictivo no aportan soluciones sino que – por el contrario– la construcción de barreras legales sólo generan irregularidad, pérdida de vidas humanas, y hacen más lucrativa la tarea de los traficantes”<sup>65</sup>. Se pueden construir fronteras de contención y muros, establecer controles migratorios cada vez más estrictos y, sin embargo, nunca se convertirán en “un obstáculo para que los seres humanos se sigan desplazando a otros lugares”<sup>66</sup>. Así, el endurecimiento de las normativas migratorias –como se pretende con el DNU bajo análisis– nunca tendrá por efecto detener la migración internacional ni el desplazamiento de personas, sólo logrará colocarlas en una situación de mayor vulnerabilidad.

La República Argentina ha ratificado la totalidad de los instrumentos internacionales de derechos humanos adoptados<sup>67</sup>, debiendo ahora cumplir con sus obligaciones de respetar, garantizar y proteger los derechos humanos conforme el principio *pacta sunt servanda*<sup>68</sup>.

En la temática analizada aquí, debe trabajarse constantemente para que las políticas migratorias se fundamenten en una perspectiva integral de los derechos humanos donde el migrante y su familia sean el eje de protección y no el objeto de persecución. Por esa razón, el derecho a la reunificación familiar es un principio general de la [ley Nº 25.871](#) (art. 3), aunado al reconocimiento de derechos económicos, sociales y culturales en condiciones de igualdad. Este país no debería volver sobre sus pasos en este aspecto y aplicar una política regresiva en materia migratoria, ni desde el texto mismo de la ley ni desde la práctica.

Sea porque están llamados a controlar la legalidad y razonabilidad de un acto administrativo, sea porque deben ejercer un control de constitucionalidad y convencionalidad de los actos de

---

<sup>65</sup> Comité de Derechos Humanos. Examen de los informes presentados por los Estados partes con arreglo al artículo 4 del pacto. 13 de marzo de 2008. Análisis de los artículos 12 y 13 párr. 214.

<sup>66</sup> CIDH, [Derechos humanos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazados internos: Normas y estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos](#), 31 de diciembre de 2015, párr. 40.

<sup>67</sup> Cfr. Consejo de Derechos Humanos. Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal. Informe nacional presentado con arreglo al párrafo 5 del anexo de la resolución 16/21 del Consejo de Derechos Humanos. Argentina. 7 de agosto de 2012, párr. 7.

<sup>68</sup> Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, art. 26.



la administración, lo cierto es que no puede negarse que los jueces están facultados para realizar una revisión amplia de las disposiciones de la DNM. Revisión que, cuando conlleve la restricción de un derecho o garantía, debe analizar necesariamente si se trata de una restricción legítima. Una norma como la que estamos analizando, que prohíbe la intervención judicial en todos los supuestos de dispensa, no puede ser sino considerada contraria a la Constitución Nacional y a los tratados de derechos humanos aplicables en la materia.

Así la CSJN sostuvo que

...los países que han ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos están obligados a ejercer, aún de oficio, el control de convencionalidad, descalificando las normas que se opongan a dicho tratado. [L]a descalificación constitucional de un precepto normativo se encuentra supeditada a que en el pleito quede palmariamente demostrado que irroga a alguno de los contendientes un perjuicio concreto en la medida en que su aplicación entraña un desconocimiento o una restricción manifiestos de alguna garantía, derecho, título o prerrogativa fundado en la Constitución<sup>69</sup>.

Como consecuencia de esto, será tarea de los jueces reafirmar su indelegable labor, y declarar la inconstitucionalidad de los arts. 7 y 8 del DNU por cuanto impiden el ejercicio de la revisión jurisdiccional de actos de la administración que pueden generar graves violaciones a derechos humanos fundamentales. En este caso, se encuentran en juego el derecho a la vida familiar y los derechos de niños, niñas y adolescentes que han nacido en este país o bien han migrado aquí junto a sus padres. En cada una de las decisiones que se adoptan al respecto, está ínsita la responsabilidad internacional del Estado argentino pero, por sobre esto, el proyecto de vida de una persona y su grupo familiar.

---

<sup>69</sup> CSJN, “[Rodríguez Pereyra Jorge Luis y otra c/Ejército Argentino s/daños y perjuicios](#)”, del 27 de noviembre de 2012, Fallos 335:2333. En igual sentido, CNCAF, Sala I, Causa n°6076/2011, “[Velito Castillo, Luis Antonio c/EN-DNM-Ley 25871-Dips 1491/10 s/proceso de conocimiento](#)”, sentencia de fecha 13 de noviembre de 2014.