

LA PROTECCIÓN FAMILIAR DE LOS MIGRANTES: CONTRAPUNTOS ENTRE LAS SENTENCIAS DEL SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL BRASILEÑO Y LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA ARGENTINA*

FACUNDO MENEM**

*“Las migraciones ‘representan otro signo de los tiempos
que hay que afrontar y comprender con toda la carga
de consecuencias sobre la vida familiar’”*

FRANCISCO AMORES LAETITIA

Resumen: El presente trabajo analiza dos sentencias dictadas recientemente por los máximos tribunales de justicia de Brasil y Argentina, resaltando sus aspectos positivos y negativos, respectivamente.

Luego de un breve desarrollo histórico del derecho migratorio argentino, se reseñan ambas decisiones judiciales, sobre las que se esbozan comentarios y consideraciones críticas con respecto a sus repercusiones sobre el ordenamiento jurídico y sobre la protección familiar de las personas migrantes.

Se concluye que la legislación y la jurisprudencia argentinas en materia migratoria no garantizan seguridad jurídica a los extranjeros que habitan en el país, considerando principalmente las reformas introducidas por medio del Decreto de Necesidad y Urgencia 70/17 (tanto en sus aspectos procesales como sustanciales), y la sentencia dictada por la Corte Suprema en el caso “Barrios Rojas”, en cuanto han dejado la situación de las familias migrantes sujeta al arbitrio de una administración pública con amplias potestades discrecionales y a un restringido control judicial en manos de un fuero no especializado en la materia.

* Recepción del original: 28/10/2020. Aceptación: 14/03/2021.

** Abogado (UCA). Alumno de la Especialización en Derecho Administrativo Económico UCA. Investigador adscripto (UCA) en los siguientes proyectos institucionales: “El precedente judicial en América Latina” y “El concepto de dignidad humana en las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. Docente adscripto en la cátedra de Concursos y Quiebras a cargo del Dr. Tomás Azar (UCA).

A su vez, se destaca la decisión judicial vertida por el Supremo Tribunal Federal brasileño, en tanto tiende a asegurar la unión de los migrantes con sus familias y el respeto de sus derechos fundamentales.

Palabras clave: migrantes — familias — derechos humanos — derecho comparado — precedentes judiciales — corte suprema de justicia de la república argentina — supremo tribunal de la república federativa de brasil

Abstract: This paper analyzes two rulings recently handed down by the highest courts of justice in Brazil and Argentina, highlighting their positive and negative aspects, respectively.

After a brief historical development of Argentine immigration law, both judicial decisions are outlined, on which comments and critical considerations are outlined with respect to their repercussions on the legal system and on the family protection of migrants.

It is concluded that Argentine legislation and jurisprudence on immigration matters do not guarantee legal security to foreigners living in the country, mainly considering the reforms introduced through the Necessity and Urgency Decree 70/17 (both in their procedural and substantial aspects), and the judgment handed down by the Supreme Court in the “Barrios Rojas” case, insofar as they have left the situation of migrant families subject to the arbitration of a public administration with broad discretionary powers and a restricted judicial control in the hands of a non-specialized jurisdiction.

In turn, the judicial decision issued by the Brazilian Federal Supreme Court stands out, as it tends to ensure the union of migrants with their families and the respect of their fundamental rights.

Keywords: migrants — families — human rights — comparative law — judicial precedents — supreme court of justice of the argentine republic — supreme federal court of the federative republic of brazil

I. INTRODUCCIÓN

En uno de los primeros trabajos de derecho público comparado que se conocen sobre Argentina y Brasil, Mariano De Vedia y Mitre resaltaba que entre estos Estados “nada ha de contribuir más la recíproca estimación, que

el conocimiento cabal del uno por el otro”.¹ Tal conocimiento, estrecha los vínculos que nos unen en razón de nuestra vecindad y de la amistad nacida desde los tiempos de la lucha por la libertad que vio nacer a ambas naciones.

En este sentido, los juristas argentinos han sabido aprovechar el conocimiento brasileño, y fue así como Vélez Sarsfield se sirvió de aquel *esboço* de Augusto Teixeira de Freitas para elaborar el Código Civil argentino.² Así como al tiempo la jurisprudencia de los tribunales brasileños receptaba los conceptos de estado de sitio e intervención federal elaborados por Joaquín V. González.

Con tal deseo espero que los comentarios que aquí realizaré acerca de las sentencias recientemente dictadas por el Supremo Tribunal Federal brasileño y por la Corte Suprema de Justicia argentina, aporten elementos para la reflexión acerca del derecho migratorio y la protección familiar de los migrantes.

La sentencia brasileña, que luego expondré, fue dictada al resolverse el recurso extraordinario (RE) 608898, el 26 de junio de 2020. Allí, el pleno del Supremo Tribunal Federal (STF) brasileño decidió que la expulsión de un extranjero con hijo brasileño nacido después del hecho criminal que motivó el acto expulsor es incompatible con los principios constitucionales de protección del niño y la familia.

Sin dudas, el Máximo Tribunal brasileño impacta a través de sus sentencias en todos los países que componen nuestra región.

Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia argentina se expidió, el 3 de octubre de 2020, en la causa “Barrios Rojas, Zoyla Cristina c/ EN —DNM resol. 561/11— (exp. 2091169/06 (805462/95)) y otro s/ recurso directo para juzgados” en un sentido diametralmente distinto a la Corte brasileña, con un resultado negativo a la protección familiar de los migrantes.

II. BREVE DESARROLLO DEL RÉGIMEN MIGRATORIO ARGENTINO

El fenómeno migratorio, dada su escala, está transformando al mundo entero más que en ninguna otra época. Por ello, uno de los grandes retos del siglo XXI es el de adaptarse a esta realidad, que estrecha los lazos de dependencia entre los Estados, a la vez que crea nuevas contradicciones y conflictos.³

1. DE VEDIA Y MITRE, “Concordancias de la Constitución con las...”, p. 9.

2. LEVAGGI, *Manual de Historia del Derecho Argentino*, p. 224.

3. WIHTOL DE WENDEN, *La question migratoire au XXI siècle...*

El informe publicado en el año 2009 por el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) señala con acierto que:

“La migración generalmente no tiene muy buena acogida por parte de la prensa. Los estereotipos negativos que muestran a los migrantes como personas que ‘nos quitan el empleo’ y ‘viven a costa de nuestros impuestos’ abundan en los medios de comunicación y en la opinión pública, especialmente en épocas de recesión”.⁴

Pese a ello, nadie puede negar que la nacionalidad argentina fue desde sus orígenes totalmente teñida por la inmigración, de otra manera, no puede entenderse siquiera el desarrollo de la Argentina hasta la actualidad.⁵

II.A. El paso claudicante del derecho migratorio argentino

A partir de la Revolución de Mayo, se gestó una legislación favorable al fenómeno migratorio, al respecto:

“El decreto del 4 de septiembre de 1812 señaló ya las bases para atraer la inmigración, asegurando la adecuada protección ‘a los individuos de todas las naciones’ que desearan residir en el Estado, ‘asegurándoles el pleno goce de los derechos del hombre en sociedad’ y otorgándoles facilidades para dedicarse a las actividades rurales y mineras”.⁶

Los posteriores ensayos constitucionales potenciaron esta política,⁷ hasta su consagración definitiva en el Preámbulo y en el art. 14 de la

4. Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, “Superando Barreras: movilidad y desarrollo humanos...”, p. v.

5. Cfr. LUNA, *Breve historia de la sociedad argentina*, p. 93.

6. TAU ANZOÁTEGUI & MARTIRÉ, *Manual de Historia de las Instituciones...*, p. 462.

7. “El Estatuto de 1815 incluía a los extranjeros [...] en el goce de los derechos a la vida, la honra, la libertad, la igualdad, la propiedad y la seguridad. Se les llegaba a reconocer también el sufragio activo y pasivo, aunque sujeto a determinadas exigencias y a algunas restricciones. En iguales términos se expedía el reglamento de 1817, que, además señalaba el modo y condiciones en que los extranjeros podían obtener la ciudadanía. Las constituciones de 1819 y 1826 otorgaban los derechos civiles a todos los habitantes del Estado y no solo a los ciudadanos, con lo que aquel concepto amplio incluía a los extranjeros”. TAU ANZOÁTEGUI & MARTIRÉ, *Manual de Historia de las Instituciones...*, p. 462.

Constitución de 1853-1860, y que se mantienen luego de la reforma constitucional del año 1994.

El *iter* de la legislación argentina en materia migratoria tuvo su primer hito en la Ley de Inmigración y Colonización N° 817, conocida como Ley Avellaneda, dictada en el año 1876.⁸ Es a menudo considerada uno de los pilares de la modernización del Estado argentino y ponderada en virtud de los nuevos horizontes que se abrirían para el país a partir de su vigencia.⁹

Sin embargo, este inicio favorable a la inmigración se vio empañado por el dictado de la Ley 4.144 de Residencia de Extranjeros del año 1902, la cual funcionó como:

“Respuesta punitiva a la participación de los inmigrantes europeos en la conformación de las primeras organizaciones obreras y conflictos laborales acaecidos en los años iniciales del siglo XX”.¹⁰

A partir de allí, el Poder Ejecutivo ejerció potestades ampliamente discrecionales sobre el ingreso y la permanencia en el país de la población migrante.¹¹ La cuestión de la “seguridad” quedaría estrechamente vinculada al fenómeno migratorio.

8. “Hasta ahora no se ha buscado la inmigración, aceptándose la que espontáneamente ha querido venir a la República, y en su internación y acomodo se invierten sumas considerables sin examen, sin calificación, sin averiguar siquiera si el inmigrante ha de ser un poblador útil, que con su trabajo aumente la producción del país, y contribuya al fomento de la riqueza pública, y al mismo tiempo sus costumbres y su educación contribuyan a consolidar los elementos de civilización, de orden y de paz”. FERNÁNDEZ, “La ley argentina de inmigración de 1876 y su contexto histórico”, p. 6

9. FERNÁNDEZ, “La ley argentina de inmigración de 1876 y su contexto histórico”

10. GINZO, “Reconocimiento de los derechos del trabajador...”, p. 5.

11. En unos pocos artículos, la Ley de Residencia de Extranjeros (1902) otorgaba al Ejecutivo las siguientes potestades: “Artículo 1º: El Poder Ejecutivo podrá ordenar la salida del territorio de la Nación a todo extranjero que haya sido condenado o sea perseguido por los tribunales extranjeros por crímenes o delitos comunes.

Artículo 2º: El Poder Ejecutivo podrá ordenar la salida de todo extranjero cuya conducta comprometa la seguridad nacional o perturbe el orden público.

Artículo 3º: El Poder Ejecutivo podrá impedir la entrada al territorio de la república a todo extranjero cuyos antecedentes autoricen a incluirlo entre aquellos a que se refieren los artículos anteriores.

Artículo 4º: El extranjero contra quien se haya decretado la expulsión, tendrá tres días para salir del país, pudiendo el Poder Ejecutivo, como medida de seguridad pública, ordenar su detención hasta el momento del embarque”.

En el año 1958, durante la presidencia de Frondizi, se derogó la Ley 4.144, por lo que se produjo un “interregno”, en donde seguía formalmente vigente la Ley Avellaneda, hasta el dictado del Decreto-Ley 22.439, en el año 1981. Esta norma, también conocida como Ley Videla, “agravó el carácter discriminatorio, policial y represivo de la política migratoria”.¹²

Recién con el dictado de la Ley Nacional de Migraciones, Ley N° 25.871, en el año 2004, se arribaría a un régimen migratorio consecuente con la reforma constitucional del año 1994, los tratados de derechos humanos incorporados con jerarquía constitucional, y el plexo normativo incorporado a través de los sucesivos compromisos internacionales adoptados en materia de derechos humanos.

Desafortunadamente, este régimen legal se vio estructuralmente alterado luego de la sanción, en el año 2017, del Decreto de Necesidad y Urgencia N° 70/17. Las modificaciones introducidas impactaron tanto en los aspectos sustantivos como procedimentales del régimen migratorio, entre algunos cambios pueden mencionarse: la creación de un proceso especial sumarísimo, abreviación de plazos procesales tanto en sede administrativa como en sede judicial, la inclusión de nuevas causales de expulsión del país,¹³ mayores restricciones al derecho de reunificación familiar, entre otras.

El Poder Ejecutivo fundó el carácter de la medida excepcional —entre otros argumentos— en:

“Que ante recientes hechos de criminalidad organizada de público y notorio conocimiento, el Estado Nacional ha enfrentado severas dificultades para concretar órdenes de expulsión dictadas contra personas de nacionalidad extranjera, como consecuencia de un complejo procedimiento recursivo que, en algunos casos, puede llegar a SIETE (7) años de tramitación.

Que en los últimos años se verifica una proporción sumamente baja en la relación existente entre la cantidad de expulsiones dispuestas por la autoridad migratoria competente, fundadas

12. GINZO, “Reconocimiento de los derechos del trabajador...”, p. 5.

13. Entre las más polémicas, la modificación del art. 29 inc. c de la Ley 25.871, eliminando los pisos mínimos de condena penal e incorporando la posibilidad de expulsar al migrante aun cuando su condena no estuviese firme.

en la existencia de antecedentes penales, y las efectivamente concretadas.

Que, a su vez, la población de personas de nacionalidad extranjera bajo custodia del SERVICIO PENITENCIARIO FEDERAL se ha incrementado en los últimos años hasta alcanzar en 2016 el VEINTIUNO COMA TREINTA Y CINCO POR CIENTO (21,35%) de la población carcelaria total.

Que, por otro lado, con relación a los delitos vinculados a la narcocriminalidad, se observa que el TREINTA Y TRES POR CIENTO (33%) de las personas bajo custodia del SERVICIO PENITENCIARIO FEDERAL son extranjeros. Ello denota que la población extranjera detenida en dependencias del SERVICIO PENITENCIARIO FEDERAL por infracción a la Ley N° 23.737 está altamente representada entre los detenidos, teniendo en cuenta que, conforme el último censo nacional, la participación de la población extranjera como porcentaje de la población total es del CUATRO COMA CINCO POR CIENTO (4,5%)".

Sin embargo, con fecha 22 de marzo de 2018, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal de la Ciudad de Buenos Aires declaró la inconstitucionalidad del DNU 70/17,¹⁴ señalando que:

"El Decreto N° 70/2017 ha avanzado sobre competencias del Congreso de la Nación, sin respetar los presupuestos fácticos del artículo 99.3° CN, al tiempo que presenta vicios en su causa, en su objeto, en su finalidad y en su motivación. Tales deficiencias hacen que se trate de un acto nulo de nulidad absoluta e insanable (art. 99.3 segundo párrafo CN). En consecuencia, corresponde hacer lugar al recurso deducido por los actores, revocar la sentencia de fojas 630/637 y declarar la invalidez constitucional del Decreto N° 70/2017".

De todas maneras, los efectos de la sentencia se suspendieron al ser recurrida por el Estado Nacional. Y la cuestión está aún pendiente de resolución por la Corte Suprema.

Pese a que, desde entonces, la Corte Suprema no se ha expedido sobre esta causa, ha emitido dos sentencias relevantes en materia migratoria en el último tiempo, en los casos "Apaza León" y "Barrios Reyes".

14. CNCAF, Sala V, "Centro de Estudios Legales y Sociales...".

En la causa “Apaza León, Pedro Roberto c/ EN —DNU disp. 2560/11 (exp. 39.845/09) s/ recurso directo para juzgados”,¹⁵ la Corte realizó una interpretación del art. 29 inc. “c” de la ley 25.871 (en su texto anterior a la mencionada modificación por el DNU 70/17, ya que el acto administrativo que se analizaba en esta causa fue emitido con anterioridad). Tal hermenéutica se inclinó en favor de un ciudadano peruano, que pese a haber sido condenado penalmente, la pena impuesta —un año y seis meses— era inferior al estipulado en la norma migratoria.¹⁶

El precedente fijado por la Corte influyó inmediatamente en la jurisprudencia de la Cámara Contencioso Administrativa Federal, que en la mayoría de sus salas estaba sosteniendo una interpretación distinta, que atendía a la constatación de una condena penal —con independencia de los años fijados en sede penal— para proceder confirmando la expulsión del migrante.¹⁷ De esta manera, se llegó a una postura uniforme, en el entendimiento de esta norma migratoria, lo cual es una gran contribución a la seguridad jurídica y al respeto por el precedente judicial.

III. LAS SENTENCIAS DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA ARGENTINA Y DEL SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL BRASILEÑO

III.A. El reciente fallo de la CSJN en la causa “Barrios Rojas, Zoyla Cristina c/ EN —DNU resol. 561/11— (exp. 2091169/06 (805462/95)) y otro s/ recurso directo para juzgados”

Luego de los vaivenes que ha tenido el orden jurídico argentino en materia migratoria, asistimos a un nuevo capítulo con la reciente sentencia de nuestro Máximo Tribunal en la causa “Barrios Rojas”.

15. CSJN, “Apaza León, Pedro Roberto c/ EN...”.

16. Ley Nacional de Migraciones N° 25.871 (texto original, previo a la reforma del DNU 70/17), art. 29: “Serán causas impeditivas del ingreso y permanencia de extranjeros al Territorio Nacional: [...] c) Haber sido condenado o estar cumpliendo condena, en la Argentina o en el exterior, o tener antecedentes por tráfico de armas, de personas, de estupefacientes o por lavado de dinero o inversiones en actividades ilícitas o delito que merezca para la legislación argentina pena privativa de la libertad de tres (3) años o más”.

17. Ver en este sentido las sentencias de la CNCAF, Sala I, “Encarnación Salas, Alfredo c/ EN — M...”; Sala II, “Quiroga Zoryez, Rolando Martín c/ EN — M...”; Sala II, “Martínez Coro, Roberto c/ EN — M...”; Sala IV, “Perales Aza, Pedro Enrique c/ EN...”.

En el caso, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal había revocado la sentencia de primera instancia y declarado la nulidad de la resolución del Ministerio del Interior 5611/2011. Dicha resolución, había confirmado la declaración de irregularidad de la permanencia en el país de Zoila Cristina Barrios Rojas, ordenado su expulsión, y prohibido su reingreso al país por el término de quince años.

Cabe aclarar que la Dirección Nacional de Migraciones, adoptó la decisión ante el impedimento para permanecer en el país del inciso “c” del artículo 29° de la norma en pugna. Sin embargo, la Cámara motivó su decisión contraria por razones de reunificación familiar (Barrios Rojas tiene a su pareja, su madre, hermanos e hijo con residencia en Argentina).

En el análisis de la cuestión federal, la Corte interpretó que el artículo 29° dispone que es una causa impeditiva de la permanencia del migrante en el país “haber sido condenado o estar cumpliendo condena, en la Argentina [...] por delitos de privación de libertad”. Como también el artículo prevé que la Dirección Nacional de Migraciones por resolución fundada puede excepcionalmente, basada en razones humanitarias o de reunificación familiar, disponer la permanencia en el país del extranjero alcanzado por alguna causal de expulsión.

En ese sentido, en el voto mayoritario, el Máximo Tribunal consideró que:

“La concesión de una dispensa para permanecer en el país es discrecional para la administración y que solo puede ser concedida de modo excepcional y mediante resolución especialmente fundada, circunstancia que no se verificó en el presente caso”.

A su vez, sostuvo que los factores de “reinserción social” y “tiempo transcurrido de condena” no son elementos incluidos en la norma, y que, en todo caso, es Migraciones quien en su facultad discrecional debe fundar la dispensa.

Por su parte, el voto de los magistrados Lorenzetti y Maqueda hizo hincapié en si efectivamente se pudiese otorgar la dispensa a causa de la “reunificación familiar”, contemplada en el artículo tercero de la norma. En ese orden de ideas, consideraron que:

“La perturbación de las relaciones familiares per se, como consecuencia necesaria de la orden de expulsión del migrante,

dictada en un procedimiento legítimo con las debidas garantías procesales, no alcanza para considerar afectado el derecho de reunificación familiar”.

En su voto, el ministro Rosatti sintetizó en tres aspectos los motivos por los cuales consideró errónea la decisión de la Cámara Contencioso Administrativa: i) que en el diseño del artículo 29° de la Ley 25.871 la reunificación familiar no es un derecho absoluto; ii) que la obtención de una dispensa como la pretendida es excepcional y, por ende, de procedencia restrictiva; y iii) que no se probó en el caso la irrazonabilidad del fundamento que sostiene a la decisión administrativa, ni su carácter discriminatorio.

III.A.1. Comentario

Sobre el control efectuado por la Corte en el caso analizado, es preciso señalar que aun cuando la concesión o el rechazo de la dispensa por reunificación familiar sea reconocida expresamente por nuestra legislación como una potestad discrecional de la Administración, ello no implica que la decisión quede a su libre arbitrio, ni que el control judicial a efectuarse con posterioridad pueda indagar sobre los elementos del acto administrativo dictado, especialmente en cuanto a su elemento motivación.

Esto es así porque el control no se limita a examinar que, ante una situación de hecho determinada, se haya seguido la consecuencia jurídica prevista por la normativa aplicable. Este tipo de control sería propio de las potestades regladas. En cambio, lo que sucede en el caso reseñado, es que —aun cuando se encuentran en juego potestades discrecionales de la Administración—, el alcance del control se extiende a los elementos reglados del acto, como la causa (antecedentes de hecho y de derecho) y el procedimiento llevado a cabo ante la autoridad administrativa.

En este punto, es crucial comprender la finalidad del control que debe llevar a cabo el órgano judicial, ya que en el desarrollo de la actividad administrativa está claro que “no hay [...], discrecionalidad en ausencia o al margen de la Ley; tampoco en ningún caso, la discrecionalidad puede equipararse a la Ley o pretender sustituirla”.¹⁸ A esto se agrega que el

18. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Democracia, jueces y control de la...*, pp. 143-144.

control judicial de la discrecionalidad es siempre un control de los elementos reglados con que la atribución legal de la potestad correspondiente ha sido conferida.

De esta manera se puede concluir que —por lo menos en materia migratoria— estas técnicas de control de la actividad administrativa no debieran ser exclusivas de las facultades discrecionales de la Administración.

Esto se produce como consecuencia de la complejidad de la materia, en donde el análisis de la medida administrativa debe ponderar no solo la existencia de los presupuestos legales establecidos en la norma, sino que también debe atenderse a otros parámetros de tipo social, como lo es el interés por el mantenimiento de las relaciones familiares.

El fallo comentado, desde mi punto de vista, constituye —cuanto menos— un retroceso en materia de control judicial de la actividad administrativa, y un retorno a “la vieja concepción de la discrecionalidad ubicada fuera del contexto jurídico”.¹⁹

A su vez, me el estudio de este precedente judicial y la consulta con el derecho comparado me lleva a preguntarme sobre la posibilidad de dar otra respuesta a la protección familiar de los migrantes, de manera que este no quede sujeto a la discrecionalidad estatal con límites difusos y sujeta a escasos controles.

Al respecto, Brasil ha legislado en materia migratoria en el año 2017, estableciendo de manera clara y concreta que un migrante no podrá ser expulsado del país si tuviese un hijo brasileño a cargo (económica o socio-afectivamente), cónyuge o compañero, tampoco puede ser expulsado si ha ingresado al país antes de los doce años de edad, o si fuese una persona mayor de 70 años.²⁰

La solución brasileña resulta —a mi modo de ver— una solución a la inseguridad jurídica que se presenta en el ordenamiento jurídico argentino, ya que se establecen parámetros claros y, si se quiere, “reglados” con respecto a los supuestos en donde no puede expulsarse del país a una persona migrante.

A su vez, el Supremo Tribunal brasileño ha fornecido la protección de los migrantes y sus familias en un reciente fallo,²¹ al interpretar el régimen

19. SESÍN, *Administración Pública. Actividad reglada, discrecional y...*, p. 64.

20. República Federativa do Brasil, Ley 13.445, art. 55.

21. Supremo Tribunal Federal de Brasil, Recurso Extraordinario 608898.

jurídico anterior a las reformas que se realizaron en el año 2017 por medio de la citada ley, y zanjando toda duda y posibilidad de una separación infundada entre padres migrantes e hijos nacidos en territorio brasileño.

III.B. Lo resuelto en el recurso extraordinario (RE) 608898 por el Supremo Tribunal Federal brasileño²²

El caso trató acerca de un ciudadano de Tanzania condenado en el año 2003 por uso de documento falso (en violación al artículo 304° combinado con el 297° del Código Penal brasileño). Luego del cumplimiento de la pena, e instruidas las actuaciones administrativas respectivas, en el año 2006, el Poder Ejecutivo determinó la salida del país del ciudadano tanzano.

En el recurso extraordinario por el cual se llegó al Supremo Tribunal Federal, el Estado brasileño —en su calidad de recurrente— cuestionaba lo decidido por el Superior Tribunal de Justiça (STJ)²³ que, en la instancia previa, había prohibido la expulsión, considerando los principios de protección del interés del niño previstos en la Constitución Federal y en el *Estatuto da Criança e do Adolescente* (ECA — Ley 8.069/1990). Según el Estado Federal, la legislación vigente en aquella época solo vedaba la expulsión si la prole brasileña había nacido con anterioridad al hecho motivador, e impedir que la expulsión se haga efectiva va en contra de la soberanía nacional, pues se trata de un acto discrecional del presidente de la República.

El recurso comenzó a ser juzgado en noviembre de 2018. El ministro relator de la causa, Marco Aurelio, observó que la regla del Estatuto del Extranjero (Ley 6815/1980, artículo 75°, parágrafo 1°) que admite la expulsión en esas condiciones no fue receptada por la Constitución Federal de 1988. A su vez, el ministro afirmó que el dispositivo del Estatuto del Extranjero era contrario al principio de igualdad, al dar tratamiento discriminatorio a los hijos nacidos antes y después del hecho motivador de la

22. Supremo Tribunal Federal de Brasil, Recurso Extraordinario 608898.

23. El Superior Tribunal de Justiça es un órgano judicial creado por la Constitución Federal de 1988 con el fin de uniformizar la jurisprudencia federal en todo Brasil. Resuelve definitivamente casos civiles y criminales que no involucren material constitucional ni materia especializada (derecho laboral, militar, electoral). Para más información consultar: <http://www.stj.jus.br/sites/portaip/Institucional/Atribuicoes>. Consultado 07/07/2020.

expulsión. Resaltó que estos perjuicios no pueden depender de la fecha de nacimiento o adopción del niño, y mucho menos del marco aleatorio representado por la práctica de la conducta motivadora de la expulsión.

El proceso fue retomado el 25 de junio de 2020 con el voto del ministro Gilmar Mendes, que acompañó al ministro relator en su entendimiento de que el decreto de expulsión es incompatible con el orden constitucional actual, que consagra la preservación del núcleo familiar y el interés afectivo y económico del niño. El ministro destacó que la Ley de Migraciones (Ley 13.445/2017), que derogó por completo el Estatuto del Extranjero —previamente vigente—, prohíbe expresamente la expulsión cuando la persona tuviese la guarda o dependencia económica o socio-afectiva de un hijo brasileño, con independencia de su fecha de nacimiento o adopción.

En su voto, el ministro Celso de Mello afirmó que el ciudadano tanzano tiene derecho a permanecer en Brasil, pues comprobó la existencia de una hija brasileña, que actualmente tiene casi 13 años, y depende de la economía paterna, a la vez que mantienen un vínculo de convivencia socio-afectivo, lo que impide, conforme la Ley de Migraciones, su expulsión.

En el último voto, el ministro Dias Toffoli también acompañó al ministro relator.

A pesar de la derogación del Estatuto del Extranjero, el ministro Marco Aurélio observó la necesidad de formular una tesis de *repercussão geral* para alcanzar los casos residuales (por lo menos ocho) que están aguardando la resolución de este *Recurso Extraordinario* 608898.

La tesis fijada fue la siguiente:

“El § 1º del artículo 75º de la Ley nº 6.815/1980 no fue receptado por la Constitución Federal de 1988, siendo vedada la expulsión de extranjero cuyo hijo brasileño fue reconocido o adoptado posteriormente al hecho promotor del acto expulsorio, una vez comprobado que el niño está bajo la guarda del extranjero y que de este depende económicamente”.²⁴

24. Texto original: “O § 1º do artigo 75 da Lei nº 6.815/1980 não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, sendo vedada a expulsão de estrangeiro cujo filho brasileiro foi reconhecido ou adotado posteriormente ao fato ensejador do ato expulsório, uma vez comprovado estar a criança sob guarda do estrangeiro e deste depender economicamente”.

Para quienes no estén familiarizados con el lenguaje jurídico brasileño, tal vez sea de utilidad señalar que *repercussão geral* consiste en un presupuesto especial de interposición del recurso extraordinario —dentro del régimen procesal brasileño— establecido por la propia Constitución Federal,²⁵ que impone que el juicio de admisibilidad del recurso lleve en consideración el impacto indirecto que la eventual solución de las cuestiones en discusión tendrá en la colectividad, de modo que el recurso será considerado si la decisión de mérito emergente de este ostenta la cualidad de hacer que una parcela representativa de un determinado grupo de personas experimente, indirectamente, su influencia, considerando los intereses sociales extraídos del sistema normativo y de la coyuntura política, económica y social reinante en un momento histórico dado.²⁶

De esta manera, la Corte brasileña, al dictar una tesis de *repercussão geral*, diferencia la presente causa y la ubica en una categoría de precedentes con fuerte impacto en el mundo jurídico brasileño.²⁷

III.B.1. Comentario

Con esta sentencia, la Corte brasileña protege los vínculos afectivos familiares, en tanto son un factor esencial y trascendente de la vida cotidiana y en el proyecto de vida de las personas.

Por esta razón, prácticamente todos los instrumentos internacionales de derechos humanos —a nivel universal y regional— han consagrado expresamente el derecho de toda persona a la vida familiar. Y en particular, la Convención sobre Derechos del Niño ha establecido el derecho de los hijos a no ser separados de sus padres (art. 9°), y el derecho a la vida familiar (preámbulo CDN, y arts. 8°, 10°, 22°).

La Convención Americana de Derechos Humanos protege a la familia en su artículo 17°, en donde señala que “la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado”, y en su artículo 19° sostiene que “todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”.

25. *Cfr.* Constitución Federal brasileña, art. 102.

26. DANTAS, *Repercussão Geral*, p. 260. Para mayor precisión, recomiendo la lectura íntegra de la obra.

27. CARVALHO FILHO, *Repercussão Geral: Balanço e Perspectivas*, p. 43.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha expedido en protección de la familia y de los niños en causas de expulsión de migrantes, sosteniendo que: "el Estado está obligado no solo a disponer y ejecutar directamente medidas de protección de los niños, sino también a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar".²⁸

En el mismo sentido se expresó en el caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana. En ese caso, resaltó que es "necesario reiterar que en los procesos de expulsión en donde se encuentren involucrados niñas y niños, el Estado debe observar además de las garantías señaladas anteriormente, otras cuyo objetivo sea la protección del interés superior de las niñas y los niños, entendiéndose que dicho interés se relaciona directamente con su derecho a la protección de la familia y, en particular, al disfrute de la vida de familia manteniendo la unidad familiar en la mayor medida posible".²⁹

A su vez, con motivo de una opinión consultiva la Corte Interamericana advirtió sobre los peligros de separar a la familia, allí destacó que: "las niñas o niños no acompañados o separados de su familia que se encuentran fuera de su país de origen son particularmente vulnerables a la trata infantil, a la explotación y los malos tratos".³⁰

Al respecto, el Comité de Derechos del Niño y el Comité de Derechos de Trabajadores Migratorios de Naciones Unidas han sostenido que: "la ruptura de la unidad familiar por la expulsión de uno o ambos progenitores a causa de una infracción de las leyes sobre la inmigración relacionadas con la entrada o la estancia es desproporcionada, ya que el sacrificio que supone la restricción de la vida familiar y la repercusión en la vida y el desarrollo del niño no se ve compensado por las ventajas obtenidas al obligar a uno de los padres a abandonar el territorio debido a la infracción cometida contra las normas sobre inmigración. Los niños migrantes y sus familias también deben estar protegidos en los casos en que las expulsiones constituyan una injerencia arbitraria en el derecho a la vida familiar y privada. Los comités recomiendan a los Estados que faciliten vías para la regularización de los migrantes en situación irregular que residan con sus hijos, en particular cuando ha nacido un hijo o cuando un hijo ha vivido en el país de

28. Corte IDH, "Caso Familia Pacheco Tineo vs. Estado...", párr. 226.

29. Corte IDH, "Caso de personas dominicanas y haitianas...", párr. 357.

30. Corte IDH, "Derechos y garantías de niñas y...", párr. 91.

destino durante un largo período de tiempo, o cuando el retorno al país de origen de uno de los progenitores fuera contra el interés superior del niño. Cuando la expulsión de los padres se debe a infracciones penales, deben garantizarse los derechos de los hijos, incluido el derecho a que su interés superior sea una consideración primordial y el derecho a ser oídos y a que sus opiniones se tomen en serio, teniendo también en cuenta el principio de proporcionalidad y otros principios y normas de derechos humanos”.³¹

En consecuencia, la postura de la Corte brasileña se adapta a las normas y lineamientos derivados de los mencionados tratados, de la jurisprudencia internacional y de los comités de derechos humanos, puesto que al eliminar el distingo que establecía la ley migratoria que era aplicable al caso —aunque luego fuese derogada— entre hijos brasileños nacidos antes y después del hecho que generó la orden de expulsión, colocó en pie de igualdad a los hijos de inmigrantes, tutelando el derecho a la vida familiar de estos.

La eliminación de este criterio discriminatorio —que contenía el antiguo régimen migratorio brasileño— constituye un precedente que avanza sobre la tutela de la niñez, la familia y los migrantes, otorgando seguridad jurídica e igualdad de trato ante la ley, lo cual sin dudas se traslada de manera positiva hacia las expectativas y los proyectos de vida de los inmigrantes en territorio brasileño, muchos de los cuales padecen un constante “estado de deportabilidad” transnacional, colectivo y transgeneracional, puesto que esta incertidumbre sobre su permanencia en el país no solo es padecida por quienes son eventuales sujetos pasivos de la deportación, sino también por sus familias (en su país de origen y en el país del que corren el riesgo de ser deportados).³²

Con respecto a las graves consecuencias que esta condición de “deportabilidad” causa en los migrantes y sus familias, la American Psychological Association ha elaborado algunas recomendaciones y alternativas, como desalentar las políticas de deportaciones en los casos que involucren la separación de la familia, modificar las estrictas dispensas legales incluyendo a otros miembros de la familia que reflejen la realidad de la contención familiar (abuelos, tíos, primos), disminuir y remover los requisitos

31. Comité de los Derechos del Niño y Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares de Naciones Unidas, Observación General Conjunta 24 CRC y 4 CMW, párr. 29.

32. MONTES, “Deportabilidad y manifestaciones de sufrimiento de...”.

para entrar en la categoría de “guarda” o sostenimiento familiar para la obtención de residencias, y potenciar la revisión judicial de los casos.³³

IV. CONCLUSIÓN

Considero que el estudio de la pieza jurisprudencial aquí comentada puede ser de gran utilidad para nuestro orden jurídico —y en especial nuestro régimen migratorio— por su acertado criterio en pos de la tutela del niño y de la familia, los cuales no pocas veces sufren embates desde las propias instituciones que deben tutelarlas.

La importancia de la sentencia dictada por el Supremo Tribunal Federal brasileño ha sido calificada por el propio órgano emitiendo al respecto tesis de *repercussão geral*, lo cual pone de manifiesto su relevancia institucional.

El criterio seguido por el tribunal responde a las exigencias de los tratados internacionales, universales y regionales, a las recomendaciones de los comités especializados y a los lineamientos esgrimidos hacia el final del presente comentario, en cuanto aumenta la protección de los migrantes, otorga un trato igualitario a sus hijos, y reduce el estado de incertidumbre por la condición de “deportabilidad” que estos y sus familias padecen.

Es menester para la situación actual de nuestro régimen migratorio argentino la consideración de la jurisprudencia de los máximos tribunales de los países de la región que fomenten el respeto a los derechos humanos y la tutela de los grupos vulnerables.

V. BIBLIOGRAFÍA

American Psychological Association, “Statement on the Effects of Deportation and Forced Separation on Immigrants, their Families, and Communities”, 2018, URL <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/full/10.1002/ajcp.12256>. Consultado 22/03/2023.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala I, “Encarnación Salas, Alfredo c/ EN — M Interior OP Y

33. American Psychological Association, “Statement on the Effects of Deportation...” <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/full/10.1002/ajcp.12256>. Consultado 22/03/2023.

- V — DNM s/ recurso directo DNM”, septiembre de 2019, causa N° 51.107/2017.
- , Sala II, “Quiroga Zoryez, Rolando Martín c/ EN — M Interior — DNM s/ recurso directo DNM”, junio de 2019, causa N° 50.401/2016.
- , Sala II, “Martínez Coro, Roberto c/ EN — M Interior OP y V — DNM s/ recurso directo DNM”, 06/08/2019, causa N° 71.786/2017.
- , Sala IV, “Perales Aza, Pedro Enrique c/ EN — DNM s/ recurso directo DNM”, 15/08/2019, causa N° 4.015/2018.
- , Sala V, “Centro de Estudios Legales y Sociales y otros c/ EN — DNM s/ amparo ley 16.986”, 22/03/2018, causa N° 3061/2017.
- CARVALHO FILHO, José S., *Repercussão Geral: Balanço e Perspectivas*, São Paulo, Almedina, 2015.
- CERIANI CERNADAS, Pablo, GARCÍA, Lila & GÓMEZ SALAS, Ana, “Niñez y adolescencia en el contexto de la migración: principios, avances y desafíos en la protección de sus derechos en América Latina y el Caribe”, en *Revista Interdisciplinar da Mobilidade Humana (REMHU)*, Vol. 22, N° 42, pp. 9-28.
- Comité de los Derechos del Niño y Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares de Naciones Unidas, CMW/C/GC/4, CRC/C/GC/23, Observación general conjunta, 16/11/2017.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso Familia Pacheco Tineo vs. Estado plurinacional de Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas”, 25/11/2013.
- , “Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas”, 28/08/2014.
- , “Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultativa OC-21/14”, 19/08/2014.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Apaza León, Pedro Roberto c/ EN — DNM disp. 2560/11 (exp. 39.845/09) s/ recurso directo para juzgados”, 08/05/2018.
- , “Barrios Rojas, Zoyla Cristina c/ EN — DNM resol. 561/11— (exp. 2091169/06 (805462/95)) y otro s/ recurso directo para juzgados”, 24/09/2020.
- DANTAS, Bruno. *Repercussão Geral*, 3ª ed., Revista dos Tribunais, 2012, São Paulo.

- DE VEDIA Y MITRE, Mariano, "Concordancias de la Constitución con las de los Estados Unidos y Brasil", en *Revista Argentina de Ciencias Políticas*, Año XIII, Tomo XXV, N° 146, 1922, Buenos Aires.
- FERNANDEZ, Alejandro, "La ley argentina de inmigración de 1876 y su contexto histórico", en *Revista Almanack*, Guarulhos, 2017, N.º 17, pp. 51-85.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Democracia, jueces y control de la Administración*, Civitas, 1997, Madrid.
- GINZO, Jorge L., "Reconocimiento de los derechos del trabajador migrante en el ordenamiento jurídico argentino", en *Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social*, 2013-2, 16/01/2013, cita online AR/DOC/4847/2013.
- LEVAGGI, Abelardo, *Manual de Historia del Derecho Argentino*, Tomo I, Parte General, 4ª ed., Abeledo Perrot, 2013, Buenos Aires.
- LUNA, Félix, *Breve historia de la sociedad argentina*, El Ateneo, 2009, Buenos Aires.
- MONTES, Verónica, "Deportabilidad y manifestaciones de sufrimiento de las personas migrantes y sus familias", Apuntes, N° 84, 2019, URL <http://www.scielo.org.pe/pdf/apuntes/v46n84/a01v46n84.pdf> consultado 07/07/2020.
- Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), "Superando Barreras: movilidad y desarrollo humanos, informe mundial sobre desarrollo humano, 2009", URL http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr_2009_es_complete.pdf consultado 07/07/2020.
- República Federativa do Brasil, Ley 13445, artículo 55°, 24/05/2017, URL http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113445.htm. Consultado 22/03/2023.
- SESÍN, Domingo J., *Administración Pública. Actividad reglada, discrecional y técnica*, Lexis Nexis, 2004, Buenos Aires.
- TAU ANZOÁTEGUI, Víctor & MARTIRÉ, Eduardo, *Manual de Historia de las Instituciones Argentinas*, 7ª ed., Librería Histórica, 2005, Buenos Aires.
- WIHTOL DE WENDEN, Catherine, *La question migratoire au XXI siècle: migrants, réfugiés et relations internationales*, Fondo de Cultura Económica, 2013, México, traducción de VALLEJO CERVANTES, Gabriela.