

EL DERECHO A LA REUNIFICACIÓN FAMILIAR DE LOS MIGRANTES FRENTE A LA MEDIDA DE EXPULSIÓN EN LA ARGENTINA¹

Alejandra Beatríz Venturini*

Comisión N° 7: Derechos Humanos, discriminaciones y conflictos sociales.

El objetivo del presente trabajo es presentar y analizar el derecho a la Reunificación Familiar de los migrantes frente a la medida de expulsión aplicada por parte de la Dirección Nacional de Migraciones en Argentina.

El fenómeno de la migración global ha introducido nuevas formas de familias las cuales deben ser interpretadas en un sentido “amplio” para garantizar los derechos reconocidos en las Convenciones, Tratados con Jerarquía Constitucional y la Constitución Nacional.

Se realiza un análisis teórico de lo que se entiende por Reunificación Familiar, que en términos simples podemos definir como aquel derecho, fundado en la protección integral de la familia, que tienen las personas migrantes de ingresar, permanecer en el territorio de un estado y de no ser expulsado de él.

A partir del estudio del concepto de Reunificación Familiar se analiza el reconocimiento legal en la Argentina de este derecho tanto en el ámbito interno, en la Ley N° 25.871 de Migraciones y en el ámbito internacional, en diferentes Tratados y Convenios con Jerarquía constitucional.

Palabras claves

Migrantes, Reunificación Familiar, Medida de expulsión, Protección de la Familia, Familia.

THE RIGHT TO FAMILY REUNION OF IMMIGRANTS VIS-À-VIS EXPULSION IN ARGENTINA

¹ Esta ponencia es parte del trabajo desarrollado por el equipo de investigación del Proyecto “Acceso a la justicia de los migrantes en la ciudad de Córdoba: obstáculos y estrategias de superación” subsidiado por la SECyT de la UNC, dirigido por el Dr. Carlos Lista y coordinado en el trabajo en terreno por la Mgter. Silvana Begala.

* Abogada de la Facultad de Derecho y Cs. Sc. de la Universidad Nacional de Córdoba. alejandra_venturini@hotmail.com

The aim in this paper is the introduction and the analysis of the right of immigrants to family reunion vis-à-vis the expulsion enforced by *Dirección Nacional de Migraciones* in Argentina.

The global migration phenomenon has introduced new forms of family groups which should be interpreted quite "broadly" in order to guarantee the rights recognized in conventions, treaties of constitutional hierarchy and in the National Constitution.

A theoretical analysis is made of the meaning of Family Reunion, which, in simple terms, may be defined as the right, based on the integral family protection, which all immigrants enjoy to enter and to remain in a state territory and not be expelled out of it.

Following the concept of Family Reunion, the legal recognition of this right in Argentina is analyzed in the domestic domain, in Act 25,871 on Migration, and internationally, in different treaties and conventions of constitutional hierarchy.

Key words

Migrants, Family Reunion, Expulsion, Family Protection, Family.

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo forma parte del proyecto de investigación titulado "*Acceso a la justicia de los migrantes en la ciudad de Córdoba: obstáculos y estrategias de superación*". Pretende analizar cómo se da en la realidad el acceso de la persona migrante al ejercicio del derecho de reunificación familiar frente a la medida de expulsión: Describir cuáles son alguno de los obstáculos que se presentan para el efectivo reconocimiento y ejercicio de este derecho y observar cuáles son las estrategias utilizadas por los migrantes y las asociaciones civiles para su superación.

El fenómeno de la migración es uno de los temas actuales de fundamental importancia en nuestro país² y tal como menciona Valido (2007) al referirse de las migraciones internacionales:

² Actualmente Argentina es un país receptor de migrantes. De acuerdo al Censo Nacional de Población,

“podemos asegurar que durante el XXI persistirán los amplios movimientos de personas sin que sus características predominantes varíen substancialmente, pues “los factores socioculturales, políticos y sobre todo económicos que hicieron del pasado siglo ‘la era de la migración internacional’ (Castles y Zlotnik, 1999), no parecen desaparecer por el momento, de modo que su configuración actual le confiere a ésta un carácter de ‘fenómeno a largo plazo’ (Suárez-Orozco, 2001)”³.

Encontramos múltiples causales por las cuales se da el fenómeno de la migración, entre ellas la laboral, hombres y mujeres se trasladan a otros países en busca de una mejor oferta de empleo.

Esta entrada de migrantes hacia el país muchas veces es con la familia, en otras ocasiones la familia se queda en el país de origen, hay un sin número de situaciones que se pueden ir conjugando.

Dentro de este abanico de posibilidades, este trabajo ofrece elementos para reflexionar sobre la situación que se da cuando un migrante que tiene su familia en Argentina es expulsado por la Dirección Nacional de Migraciones (DNM).

El fenómeno migratorio en el Estado argentino cuenta con su regulación interna en la Ley de Migraciones N° 25.871⁴ la cual faculta a la DNM para decidir sobre el ingreso, permanencia y exclusión del migrante.

La facultad de la DNM de controlar la entrada, permanencia y determinar la expulsión del migrante, encuentra su límite en normas de carácter internacional, reconocidas en nuestra Carta Magna en el art. 75 inc. 22.

Habiendo una causal de impedimento de ingreso y permanencia de extranjeros en el país la DNM, con la intervención previa del Ministerio del Interior, está facultada para admitir excepcionalmente, por razones de reunificación familiar, a los extranjeros en las categorías de residentes permanentes o temporarios mediante una resolución fundada⁵.

Hogares y Viviendas realizado en la Argentina en 2010 podemos observar una población extranjera de 1.805.957 personas.

³ Valido, Ana María, “Migración internacional y Derecho de familia: realidades y retos”, Aldea Mundo Revista sobre Fronteras e Integración, Año 11, No. 22 / Noviembre 2006 - Abril 2007.

⁴ Publicada en el B.O. de la República Argentina el 21 de Enero de 2004.

⁵ Ver art. 62 de la Ley N° 25.871.

El migrante frente a una medida de expulsión tiene derecho a solicitar a la DNM que se le deje sin efecto la medida con fundamento en el derecho a la reunificación familiar, si este organismo administrativo no lo tuvo en cuenta a la hora de decidir su expulsión.

Uno de los obstáculos⁶, que se ha podido observar, para que el migrante solicite el reconocimiento de este derecho frente a la DNM, de acuerdo a la investigación realizada por el equipo, es la falta de conocimiento de este derecho por parte del migrante.

Al establecer el alcance de este derecho la Ley de Migraciones dispone que el Estado garantice el derecho de reunificación familiar de los inmigrantes con sus padres, cónyuges, hijos solteros menores o hijos mayores con capacidades diferentes⁷.

Esta concepción tradicional de familia, que reconoce la Ley de Migraciones, deja fuera otros modelos familiares, reconocidos en los Tratados Internacionales y en la legislación interna de nuestro estado, entre ella, el Código Civil y Comercial.

De la integración normativa interna e internacional se desprende la obligación por parte del Estado de garantizar la protección integral de la familia, independientemente del tipo de modelo familiar. ¿Se podría hablar de un obstáculo, en el reconocimiento del derecho de la reunificación familiar, entender la familia desde una concepción restringida?.

También este trabajo analiza cómo fue la participación de los niños/as ante la medida administrativa de expulsión de su/sus progenitor/es.

II. Reunificación Familiar

Este Derecho a la Reunificación Familiar es el derecho; fundado en la protección integral de las familias, que tienen las personas migrantes y su familia de ingresar, permanecer en el territorio de un estado y de no ser expulsado de él, con el alcance que establece la Ley de Migraciones de Argentina.

En el ámbito internacional encontramos el derecho de reunificación familiar reconocido en diferentes tratados y convenios con jerarquía constitucional, habiendo una relación directa con el derecho a los niños y niñas, la vida familiar y la protección de la familia.

Son varios los tratados internacionales que consagran el derecho a la unidad familiar y su protección por parte del Estado.

La *Declaración Universal de los Derechos del Hombre*⁸ en su art. 12, reza:

⁶ Obstáculo: (Del lat. *obstaculum*).1. m. Impedimento, dificultad, inconveniente. Diccionario de la Real Academia Española.

⁷ Ver art. 10 de la Ley N° 25.871.

“Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”.

Expresamente la *Convención de los Derechos del Niño*⁹ reconoce el derecho a la Reunificación Familiar en el art. 10. 1 estableciendo que de conformidad con la obligación que incumbe a los Estados Partes de no separar a los niños de los padres, toda solicitud hecha por un niño o por sus padres para entrar en un Estado Parte o para salir de él a los efectos de la reunión de la familia será atendida por ellos de manera positiva, humanitaria y expeditiva.

El artículo 17¹⁰ de la Convención Americana, así como el artículo VI¹¹ de la Declaración Americana, articulan el derecho de protección a la familia, reconociendo que la familia es el elemento fundamental de la sociedad y que debe ser protegida¹².

En la *Convención Internacional sobre la Protección de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares*¹³ en el art. 44 reconoce el principio de reunificación familiar, el cual reza:

⁸ Declaración Universal de los Derechos Humanos. Aprobada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, 10 de Diciembre de 1948.

⁹ Convención de los Derechos del Niño. Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 20 de noviembre de 1989. Sancionada por la Argentina el 27 de septiembre de 1990. Ley N° 23.849.

¹⁰ Artículo 17. Protección a la Familia

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.

2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención.

3. El matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.

4. Los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos.

¹¹ Artículo VI. Derecho a la constitución y a la protección de la familia

Toda persona tiene derecho a constituir familia, elemento fundamental de la sociedad, y a recibir protección para ella.

¹² Corte IDH, “Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional”, OC 21/2014, Serie A N° 21,19/08/2014, párr. 264.

¹³ Convención Internacional sobre la Protección de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, adoptada por la Organización de las Naciones Unidas, el 18 de diciembre de 1990. Sancionada por la

“Los Estados partes tomarán las medidas que estimen apropiadas y entren en la esfera de su competencia para facilitar la reunión de los trabajadores migratorios con sus cónyuges o con aquellas personas que mantengan con el trabajador migratorio una relación que, de conformidad con el derecho aplicable, produzca efectos equivalentes al matrimonio, al igual que con sus hijos solteros menores de edad que estén a su cargo”.

En el ordenamiento jurídico interno el fundamento al derecho de reunificación familiar se encuentra también implícitamente en la Constitución Nacional en el art. 14 bis, al garantizar la protección integral de la familia.

En el marco normativo nacional la Ley de Migraciones N° 25.871 reconoce expresamente este derecho en el artículo 3 inc. d, al establecer como principio general el de “Garantizar el ejercicio del derecho a la reunificación familiar”.

Como principio general, el mismo actúa, como dice Fernández Rozas (1987:20), como base para:

“regular la situación de los extranjeros que se encuentran en su territorio poniendo de relieve la facultad estatal a la hora de determinar y regular la entrada y permanencia de los extranjeros en el territorio bajo el cual ejercen su jurisdicción, con la idea de proteger la soberanía estatal y los intereses de la población (...)”.

Resulta importante determinar cuál es el alcance que tiene este derecho, para esto es fundamental establecer cuál es la concepción de familia que adopta la Ley de Migraciones y cuál debiera establecer.

El derecho de reunificación familiar en la Ley de Migraciones tiene una concepción “restringida”, coartando la concepción amplia de familia, adoptada en las convenciones internacionales y en el marco normativo interno.

La Ley de Migraciones N° 25.871, establece en el artículo 10:

“El Estado garantizará el derecho de reunificación familiar de los inmigrantes con sus padres, cónyuges, hijos solteros menores o hijos mayores con capacidades diferentes”

El decreto 616/2010¹⁴, al reglamentar el artículo 10, establece que:

“La Dirección Nacional de Migraciones y demás organismos competentes, adoptará las medidas necesarias para asegurar el ejercicio del derecho de reunificación familiar con los alcances previstos en los artículos 10 de la Ley N° 25.871 y 44 de la Convención Internacional sobre la Protección de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares”.

En el artículo 44 de la Convención Internacional sobre la Protección de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, el término “familiares” tiene una definición amplia, que incluye las uniones legales- matrimonio- o aquellas relaciones que produzcan *un vínculo equivalente a este*, de conformidad con el derecho aplicable.

En el ámbito externo, los tratados internacionales, y en el ámbito interno el Código Civil y Comercial de la Nación¹⁵, reconocen un concepto amplio de familia, protegiendo la unidad familiar, que es aquella que se da entre los cónyuges- si están unidos por el matrimonio-, o los convivientes –unidos en unión convivencial¹⁶-, entre progenitores e hijos/as y entre los parientes.

El concepto de familia se aplica, no sólo al grupo íntimo y reducido que es la nuclear compuesta por la pareja y sus hijos. Existen un sinnúmero de vínculos consanguíneos entre ascendientes, descendientes y colaterales así como los de afinidad que conforma la familia extendida o ampliada que también es un círculo valioso para la persona¹⁷.

La Ley de Migraciones Argentina entiende a la familia en un sentido restringido, dejando fuera otros modelos familiares, quedando en discordancia con el Código Civil y Comercial Argentino y los Tratados Internacionales con jerarquía constitucional, en tanto reconocen un concepto amplio de familia.

En el ámbito internacional encontramos diferentes disposiciones en donde se reconoce a la familia extensa dejando de lado una concepción cerrada o tradicional de la familia, ligada al vínculo matrimonial.

¹⁴ Decreto 616/2010 Reglamentación de la Ley de Migraciones N° 25.871 y sus modificatorias. B.O. N° 31.898. Jueves 6 de mayo de 2010.

¹⁵ Código Civil y Comercial Argentino. Sancionado en la Argentina el 1 de Octubre de 2014. Ley 26.994

¹⁶ Tratándose de una unión convivencial, el Código Civil y Comercial ha asumido un criterio no formalista, que reconoce la existencia de esta unión cuando exista una unión basada en relaciones afectivas de carácter singular, pública, notoria, estable y permanente de dos personas.

¹⁷ Valido, Ana María, “Migración internacional y Derecho de familia: realidades y retos”, Aldea Mundo Revista sobre Fronteras e Integración, Año 11, No. 22 / Noviembre 2006 - Abril 2007.

Las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil¹⁸ (Directrices de Riad) han señalado que “la familia es la unidad central encargada de la integración social primaria del niño, los gobiernos y la sociedad deben tratar de preservar la integridad de la familia, incluida la familia extensa”¹⁹.

La Corte Europea de Derechos Humanos ha sostenido en diversas ocasiones que el concepto de vida familiar “no está reducid[o] únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio”²⁰.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Atala, afirmó que “en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo “tradicional” de la misma, reiterando el Tribunal, que “el concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio” a la vez que rechaza “una percepción limitada y estereotipada del concepto de familia que no tiene base en la Convención al no existir un modelo específico de familia (la “familia tradicional”)”²¹.

La opinión consultiva de la CIDH N° 21 (2014), establece que:

“La definición de familia no debe restringirse por la noción tradicional de una pareja y sus hijos, pues también pueden ser titulares del derecho a la vida familiar otros parientes, como los tíos, primos y abuelos, para enumerar sólo algunos miembros posibles de la familia extensa, siempre que tengan lazos cercanos personales. Además, en muchas familias la(s) persona(s) a cargo de la atención, el cuidado y el desarrollo de una niña o niño en forma legal o habitual no son los padres biológicos. Más aún, en el contexto migratorio, los “lazos familiares” pueden haberse constituido entre personas que no necesariamente

¹⁸ Adoptadas y proclamadas por la Asamblea General en su resolución 45/112, de 14 de diciembre de 1990.

¹⁹ Corte IDH, *Condición jurídica y derechos humanos del niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 67.

²⁰ Corte IDH, *Condición jurídica y derechos humanos del niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 69.

²¹ Corte IDH. Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párrs. 142 y 145

sean jurídicamente parientes, máxime cuando, en lo que respecta a niñas y niños, no han contado o convivido con sus padres en tales procesos²²”.

En igual sentido, el Comité de los Derechos del Niño en la Observación General N°14 (2013) sostiene que:

“el término ‘familia’ debe interpretarse en un sentido amplio que incluya a los padres biológicos, adoptivos o de acogida o, en su caso, a los miembros de la familia ampliada o la comunidad, según establezca la costumbre local²³”.

En la actualidad se habla de una concepción amplia de familia, es por ello que cuando se analiza el alcance que tiene el derecho a la reunificación familiar en la Ley de Migraciones Argentina debiera interpretarse a la familia desde esta concepción.

III. MEDIDA DE EXPULSIÓN

En la Argentina la DNM está facultada para dictar la medida de expulsión de un extranjero. Entre las diferentes situaciones que dan origen a la expulsión encontramos las que se dan dentro del ámbito administrativo.

La reunificación familiar es una de las razones excepcionales que permiten a la DNM otorgar, mediante resolución fundada, al migrante residencia permanente o temporaria cuando haya causales²⁴ para el impedimento del ingreso o su permanencia en el estado.

²² Corte IDH, “Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional”, OC 21/2014, cit., párr. 272.

²³ Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), supra*, párr. 59.

²⁴ Artículo 29 Ley N° 25.871

Serán causas impeditivas del ingreso y permanencia de extranjeros al Territorio Nacional:

- a) La presentación ante la autoridad de documentación nacional o extranjera material o ideológicamente falsa o adulterada. El hecho será sancionado con una prohibición de reingreso por un lapso mínimo de cinco (5) años;
- b) Tener prohibido el ingreso, haber sido objeto de medidas de expulsión o de prohibición de reingreso, hasta tanto las mismas no hayan sido revocadas o se hubiese cumplido el plazo impuesto al efecto;
- 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;
- d) Haber incurrido o participado en actos de gobierno o de otro tipo, que constituyan genocidio, crímenes de guerra, actos de terrorismo o delitos de lesa humanidad y de todo otro acto susceptible de ser juzgado por el Tribunal Penal Internacional;
- e) Tener antecedentes por actividades terroristas o por pertenecer a organizaciones nacional o internacionalmente reconocidas como imputadas de acciones susceptibles de ser juzgadas por el Tribunal Penal Internacional o por la ley 23.077, de Defensa de la Democracia;
- f) Haber sido condenado en la Argentina o tener antecedentes por promover o facilitar, con fines de lucro, el ingreso, la permanencia o el egreso ilegales de extranjeros en el Territorio Nacional;
- g) Haber sido condenado en la Argentina o tener antecedentes por haber presentado documentación material o ideológicamente falsa, para obtener para sí o para un tercero un beneficio migratorio;

En efecto la Ley N° 25.871, del 20 de enero del 2004, reconoció expresamente el derecho a la reunificación familiar, y la obligación del estado de garantizar su ejercicio. En el artículo 29 último párrafo se afirma que habiendo una causal de impedimento y permanencia de extranjeros en el país la Dirección Nacional de Migraciones (DNM), con la intervención previa del Ministerio del Interior, podrá admitir, excepcionalmente, por razones de reunificación familiar, a los extranjeros en las categorías de residentes permanentes o temporarios mediante una resolución fundada.

Cómo podemos observar este artículo dice “*podrá*”, transformando en una *facultad* de la Dirección de Migraciones el reconocimiento o no del derecho a la reunificación familiar del migrante.

La Ley de Migraciones en el capítulo referido a las medidas cautelares establece en el artículo 70 que firme y consentida la expulsión de un extranjero el Ministerio del Interior o la DNM solicitara a la autoridad judicial que ordene su retención, mediante resolución fundada para el cumplimiento de la expulsión. Producida esta retención si el extranjero alegara ser padre, hijo o cónyuge de argentino nativo, la DNM deberá suspender la expulsión y constatar el vínculo alegado en un plazo de 48 horas hábiles. Acreditado el vínculo el migrante recuperará su libertad y se le habilitara un procedimiento sumario de regularización migratoria.

La resolución administrativa que dispone la expulsión debería establecer las razones de hecho y derecho que se funda, entre ellos si se ha considerado el derecho a la reunificación familiar.

Los casos tomados en nuestra investigación muestran que en la Provincia de Córdoba se ordena la expulsión del migrante en situación irregular sin tener en cuenta si tiene hijos/as, cónyuges o familiares en el país. La DNM se limita a comprobar la existencia del impedimento legal de ingreso o permanencia y ordena la expulsión sin tener en consideración si esta orden de expulsión afecta el derecho a la unidad familiar.

h) Promover la prostitución; lucrar con ello; haber sido condenado o tener antecedentes, en la Argentina o en el exterior por haber promovido la prostitución; por lucrar con ello o por desarrollar actividades relacionadas con el tráfico o la explotación sexual de personas;

i) Intentar ingresar o haber ingresado al Territorio Nacional eludiendo el control migratorio o por lugar o en horario no habilitados al efecto;

j) Constatarse la existencia de alguno de los impedimentos de radicación establecidos en la presente ley;

k) El incumplimiento de los requisitos exigidos por la presente ley (...).

En la práctica los migrantes, en estos casos, con la intervención de una ONG²⁵, frente a la medida de expulsión presentan un recurso²⁶ a la DNM alegando el derecho de reunificación familiar y presentando prueba de la situación familiar.

En los mismos, la DNM ha reconocido este derecho no haciendo efectiva la expulsión.

En los casos estudiados el reconocimiento del derecho en análisis resulto efectivizado cuando el migrante expulsado lo solicitó y no por una actuación de oficio por parte de la DNM.

Como se puede observar, el solo reconocimiento de un derecho en la legislación no alcanza para garantizar el efectivo acceso al mismo por parte del migrante.

Un obstáculo de gran trascendencia para que los migrantes gocen plenamente de sus derechos básicos se da en la amplia propensión conductual y cultural en contra de los extranjeros, tanto de parte del público como de los funcionarios de gobierno en la sociedad de destino, incluidos entre estos últimos a los encargados de los servicios de aplicación de la ley. La tendencia en contra de los extranjeros podría deberse a una falta de conciencia y de conocimiento de las provisiones de los derechos humanos en las leyes nacionales y de sus implicaciones²⁷.

El supuesto fuerte del campo jurídico de que “el derecho se presume conocido” colisiona con el desconocimiento real y crea situaciones difíciles de resolverse sin la intervención de un tercero²⁸.

Para concluir podemos decir que el acceso efectivo a este derecho se encuentra condicionado a la actuación de ONGS, patrocinio letrados, y demás entidades que tengan conocimiento de este derecho y cómo hacerlo efectivo.

Otro de los temas de análisis es la participación de los niños/as en la decisión administrativa de la DNM de expulsión.

Esta resolución administrativa que dispone la expulsión de la persona migrante también debería tener en cuenta, cuando fuera pertinente, la opinión de los hijos/as del migrante en

²⁵ En la Provincia de Córdoba, hemos tomado contacto con una ONG que trabaja con migrantes denominada CECOPAL. Organización no Gubernamental situada en la Ciudad de Córdoba reconocida por el Gobierno de la Provincia de Córdoba como Asociación Civil Sin Fines de Lucro según Resolución N° 285 A/86 del año 1986 inscrita como Entidad Nacional de Bien Público según resolución N°3090.

²⁶ A veces formalmente la presentación es a través de un recurso en virtud del Título VI de la Ley de Migraciones y otras veces es una simple presentación (descargo) planteando la situación familiar.

²⁷ Ghosh, Bimal (2008)

²⁸ Begala Silvana (2014).

virtud de lo que establece el art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño al establecer que el niño tiene derecho a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afecten su interés.

La Observación General N° 12 (2009) del Derecho del Niño a ser escuchado dice al respecto:

“Todos los Estados partes deben incorporar a su legislación procedimientos administrativos que se ajusten a los requisitos del artículo 12 y garantizar el derecho del niño a ser escuchado junto con otros derechos procesales, como el derecho a la divulgación de los expedientes pertinentes, la notificación de la vista y la representación por los progenitores u otras personas”.

En igual sentido, el Comité de los Derechos del Niño en la Observación General N°14 (2013) sostiene que:

“En el caso en que la niña o el niño es nacional del país receptor, pero uno o ninguno de sus padres lo es, escuchar a la niña o al niño es necesario para entender el impacto que una medida de expulsión del progenitor podría generar sobre la misma o el mismo²⁹”.

En los casos de estudio, este derecho de ser oído por parte de la DNM, que tiene el niño/a, no se efectivizó, dictando la medida de expulsión sin tener en cuenta los intereses de los niños/as. La medida de expulsión que se adopten en sede administrativa debiera apuntar a que el niño continúe vinculado con su núcleo familiar.

La opinión consultiva de la CIDH N° 21 (2014), decidió que:

“Cualquier órgano administrativo o judicial que deba decidir acerca de la separación familiar por expulsión motivada por la condición migratoria de uno o ambos progenitores debe emplear un análisis de ponderación, que contemple las circunstancias particulares del caso concreto y garantice una decisión individual, priorizando en cada caso el interés superior de la niña o del niño. En aquellos supuestos en que la niña o el niño tiene derecho a la nacionalidad del país del cual uno o ambos progenitores pueden ser expulsados, o bien cumple con las condiciones legales para residir permanentemente allí, los Estados no pueden expulsar a uno o ambos progenitores por infracciones migratorias de

²⁹ Corte IDH, “Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional”, OC 21/2014, cit., párr. 282.

carácter administrativo, pues se sacrifica de forma irrazonable o desmedida el derecho a la vida familiar de la niña o del niño³⁰”.

Al respecto la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la Opinión Consultiva del año 2012, estableció que el niño debe permanecer en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes, en función del interés superior de aquél, para optar por separarlo de su familia. En todo caso, la separación debe ser excepcional y, preferentemente, temporal.³¹ En el caso de procedimiento de expulsión de la familia Pacheco Tineo relacionado con la calidad de extranjeros en situación irregular, la Corte Interamericana de Derechos Humanos recordó la relación intrínseca existente entre el derecho a la protección de la familia y los derechos de niños y niñas. En ese sentido, el Tribunal ha estimado que el derecho a que se proteja la familia y a vivir en ella, reconocido en el artículo 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos³², conlleva que el Estado está obligado no sólo 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. Por ende, la separación de niños de su familia constituye, bajo ciertas condiciones, una violación del citado derecho, pues inclusive las separaciones legales del niño de su familia solo pueden proceder si están debidamente justificadas en el interés superior del niño, son excepcionales y, en lo posible, temporales³³.

Como dice Rodríguez (2000:14):

“La reagrupación familiar debe defenderse como una de las medidas más eficaces para conseguir la integración del extranjero y reducir así en el futuro el problema de la xenofobia y el racismo. La familia no es tan sólo un grupo humano, sino que cumple unos fines esenciales en la sociedad, que de no existir debería asumir el Estado, lo que la hace merecedora de la protección del ordenamiento jurídico”.

Tal como lo menciona la Organización Internacional para las Migraciones una de las razones más frecuentes para la disolución de la unidad de la familia del migrante es la

³⁰ Corte IDH, “Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional”, OC 21/2014.

³¹ Corte IDH, *Condición jurídica y derechos humanos del niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 77.

³² Convención Americana sobre Derechos Humanos. Suscripta en I Conf. Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, en 1969. Sancionada en la Argentina en 1984. Ley N° 23.054.

³³ Corte IDH, “Cuadernillo de Jurisprudencia de la CIDH N°2”, San José, Costa Rica, p. 47.

expulsión de uno o más miembros de la familia del migrante del país. Frente a esta situación, la Argentina se encuentra obligada por la ley internacional sobre derechos humanos a encontrar el justo equilibrio entre sus propios intereses legales y el derecho fundamental de los migrantes al respeto de su vida y unidad familiar.

IV. CONCLUSIÓN:

El derecho a la reunificación familiar lo encontramos reconocido en el régimen jurídico nacional e internacional y específicamente en la Ley N° 25.871 de Migraciones Argentina.

Conceptualizamos el derecho a la reunificación Familiar como aquel derecho, fundado en la protección integral de las familias, que tienen las personas migrantes y su familia de ingresar, permanecer en el territorio de un estado y de no ser expulsado de él, con el alcance que establece la Ley de Migraciones de Argentina.

En la actualidad hablamos de un concepto amplio de familia, es por esto que cuando se establece el alcance que tiene la reunificación familiar, podemos decir que debe interpretarse a la familia teniendo en cuenta esta concepción.

El efectivo reconocimiento de este derecho solamente a los progenitores, cónyuges- unidos en matrimonio- y a los hijos, genera un obstáculo para poder garantizar este derecho a los demás vínculos afectivos que forman parte de la familia.

Recomendamos una readecuación del artículo 10 de la Ley de Migraciones teniendo en cuenta la concepción amplia de familia.

Otra de las recomendaciones es que la DNM ajuste su procedimiento administrativo al momento de resolver la expulsión al artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño y demás normas de carácter nacional e internacional, garantizándole al niño el derecho de ser escuchado. Para ello la DNM deberá tomar todas las medidas adecuadas para el cumplimiento de este derecho.

Otro obstáculos que observamos, en los casos analizados, es la falta de conocimiento de las posibilidades y ventajas que brinda la legislación, por parte de las personas migrantes. El solo reconocimiento de un derecho en la legislación no alcanza para garantizar el efectivo acceso al mismo. Muchos de ellos no conocen las leyes, tampoco cuentan con información completa de cómo es el funcionamiento del sistema judicial ni saben a dónde recurrir para pedir asesoramiento y ayuda sin que les genere un gasto económico que no pueden afrontar.

En los casos estudiados hemos podido ver que la superación de este obstáculo al acceso de este derecho se logro con la intervención técnica de una asociación civil.

La participación positiva de ONGs en los procesos de expulsión de la persona migrante resalta la importancia que significa establecer este puente entre el extranjero y la DNM para lograr el reconocimiento efectivo del derecho a la reunificación familiar.

El estado también debiera tener un interés directo en controlar el efectivo cumplimiento y aplicabilidad de este derecho, por la responsabilidad que le cabe como estado protector y garante de los derechos reconocidos en el marco jurídico nacional e internacional.

Como principio general, el estado debiera garantizar³⁴ el ejercicio efectivo del derecho a la reunificación familiar, al momento de dictar la medida de expulsión de la persona migrante.

Nota importante:

El 01 de Octubre del corriente año la Dirección Nacional de Migraciones dicto la Disposición N° 4880/2015, publicada en el B.O. el 13/10/2015, la cual adapta aspectos de la regulación migratoria al Código Civil y Comercial.

Como hemos analizado la Ley N° 25.871 alude a la reunificación familiar en distintas disposiciones, reconociendo el derecho a la reunificación familiar de los inmigrantes con sus “padres, cónyuges, hijos solteros menores de edad o mayores con capacidades diferentes”.

El artículo 1 de la Disposición N° 4880/2015 establece:

“Reconócese, con análogos efectos jurídicos al matrimonio, a los fines de su admisión, en los términos de los artículos 22 de la Ley N° 25.871, 22 incisos a) y b) y 23, última parte del Decreto N° 616/10, y de su inclusión en los supuestos de excepción previstos por los artículos 29 última parte, 62 anteúltimo párrafo y 70 tercer párrafo de la Ley N° 25.871; a los extranjeros que acrediten unión convivencial, con nacional argentino o con ciudadano extranjero radicado permanente o temporario en el país, inscripta en el registro que corresponda a la jurisdicción local”.

Como podemos observar, se reconoce a la unión convivencial como otros de los modelos familiares en concordancia con el marco normativo nacional e internacional. Considero que en este artículo la necesidad de la inscripción en el registro no es obligatoria ya que en el Código Civil y Comercial la registración es solo de carácter administrativo y no constitutiva. La inscripción o no de la unión convivencial es solo a los fines probatorios.

³⁴ Según la Corte Interamericana de Derechos Humanos, “garantizar” implica el deber del Estado de tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos que la Convención reconoce. (Opinión Consultiva N° 11/90 del 10 de agosto de 1.990).

Esta novedad legislativa relativiza algunas afirmaciones de nuestro trabajo entregado para su publicación con anterioridad a su publicación, por eso creemos necesario ponerla en conocimiento del lector.

BIBLIOGRAFÍA:

- Begala Silvana (2014) “Cambios formales, condicionantes reales. Los migrantes y el acceso a derechos” *Temas de Antropología y Migración*, ISSN: 1853-354X. N° 7.
- Corte IDH, *Excepciones al agotamiento de los recursos*. Opinión Consultiva OC-11/90 de 10 de agosto de 1990. Serie A No. 11.
- Corte IDH, “*Cuadernillo de Jurisprudencia de la CIDH N°2: Migrantes*”, San José, Costa Rica.2015.
- Corte IDH, *Condición jurídica y derechos humanos del niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17.
- Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial*.
- Corte IDH, *Condición jurídica y derechos humanos del niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17.
- Corte IDH. Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239.
- Fernández Rozas, J.C. “*Legislación Básica sobre extranjeros*”, Madrid, Técno, 1987.
- Ghosh, Bimal (2008), “Derechos humanos y migración: el eslabón perdido”, en *Migración y Desarrollo*, N° 10.
- M. ROGRÍGUEZ- PIÑERO BRAVO- FERRER,”*Legislación de extranjería y política de inmigración*”, relaciones laborales Número 20/2000.
- Organización Internacional para las Migraciones, “Derecho internacional y reunificación de la familia”, *Revista Migraciones y Familia*, Sección 2.5, Volumen Dos.

- Valido, Ana María, “Migración internacional y Derecho de familia: realidades y retos”, Aldea Mundo, Revista sobre Fronteras e Integración, Año 11, No. 22 / Noviembre 2006 - Abril 2007.