

Suprema Corte:

-I-

La Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata revocó la sentencia de primera instancia, hizo lugar a la acción de amparo y, en consecuencia, le otorgó la residencia permanente a la actora en los términos de la Ley 25.871 de Migraciones y de su decreto reglamentario 616/2010. No obstante ello, aclaró que, en caso de acreditarse fehacientemente la presentación por parte de la actora de documentación apócrifa, la Dirección Nacional de Migraciones podrá cancelar la residencia otorgada conforme lo habilitan los artículos 29, inciso a, y 62, inciso a, de dicha ley (fs. 241/247 del expediente principal, al que me referiré en adelante salvo aclaración en contrario).

El juez Ferro, quien votó en primer lugar, entendió que la decisión de la autoridad administrativa de rechazar la solicitud de residencia permanente no se condice con las propias constancias de las autoridades migratorias que prorrogaron en distintas oportunidades la residencia precaria de la señora Z sin señalar que se encontraba configurada la situación delictual del artículo 29, inciso a, de la ley 25.871 por presentar documentación falsa. Entendió que, en tales circunstancias, el fundamento del rechazo no ostentaba entidad ni veracidad. Destacó que la adquisición de la ciudadanía es un derecho constitucional, que la actora acreditó el nacimiento de su hija en nuestro país y que no encontrándose comprendida en ningún supuesto de impedimento de permanencia correspondía concederle la residencia permanente.

Por otro lado, el juez Tazza puntualizó que la ley 25.871 y su reglamentación receptaron el principio de reunificación familiar y que, en función de ello, dispusieron los supuestos que habilitan el otorgamiento de una residencia permanente, entre los que se encuentra el de ser cónyuge de residente permanente o madre de un hijo argentino, extremo acreditado en la causa. Advirtió que la autoridad migratoria había denegado la solicitud de residencia permanente de la

actora por presentar una visa presuntamente falsa. Manifestó que de probarse tal presupuesto se constituiría la causal de impedimento para ingresar y permanecer en el país prevista en el artículo 29, inciso *a* de la ley 25.871 y que dicho suceso traería aparejado la expulsión de la extranjera, la prohibición de ingreso al país y la cancelación de la residencia conforme al artículo 62, inciso *a*, de dicha ley.

-II-

Contra dicho pronunciamiento, la demandada interpuso recurso extraordinario (fs. 264/283), el cual fue contestado por la actora (fs. 288/299) y concedido solamente respecto de la cuestión federal invocada (fs. 305/306).

La Dirección Nacional de Migraciones alega que la decisión recurrida afecta el principio de división de poderes por considerar que, al otorgarle la residencia permanente a la actora, el poder judicial invadió el ámbito de competencia exclusivo del órgano ejecutivo (art. 107, ley 25.871).

Arguye que la cámara realizó una interpretación errónea de la situación migratoria de la persona extranjera y de la normativa que corresponde aplicar al caso. En este sentido, expresa que la actora se encuentra comprendida en el impedimento establecido en el artículo 29, inciso *a*, de la ley 25.871, pues manifiesta que la interesada presentó documentación apócrifa.

Aduce que, a pesar de que la hija de la actora sea nativa argentina, el hecho de que resida en el extranjero hace inaplicable la posibilidad de hacer uso de la dispensa ministerial por "reunificación familiar" prevista en el artículo 29 *in fine*. Al mismo tiempo, sostiene que la facultad de otorgar la dispensa por reunificación es de carácter eminentemente discrecional y que su ejercicio razonable no puede ser objetado por el administrado.

Además, sostiene que no se encuentra acreditado en autos que la actora sea cónyuge de un extranjero con residencia permanente en el país,

por lo que no correspondería la aplicación del artículo 22, inciso *b*, del decreto 616/2010.

-III-

El recurso extraordinario ha sido bien concedido pues se encuentra en tela de juicio la interpretación y aplicación de normas federales y la decisión de la alzada ha sido contraria al derecho que el apelante fundó en ellas (art. 14, inc. 3, ley 48; Fallos: 330:4554, "Zhang").

-IV-

Ante todo, cabe señalar que, con fecha 26 de julio de 2004, la Dirección Nacional de Migraciones rechazó la solicitud oportunamente efectuada por la actora para que se le otorgue la residencia permanente, conforme al artículo 22 de la ley 25.871, por ser madre de una hija nativa argentina.

Mediante disposición DNM 25.442, dicho organismo denegó la petición por entender que le era aplicable la causal de impedimento de permanencia y reingreso al país prevista en el artículo 29, inciso *a*, de esa ley, por haber presentado documentación apócrifa. Como consecuencia, canceló la residencia precaria, declaró su permanencia irregular en el país, ordenó su expulsión del territorio nacional y prohibió su reingreso por un plazo de ocho años. El recurso administrativo interpuesto por la señora Z fue rechazado por la disposición 819 del Director Nacional de Migraciones en la que se expresó que la hija de la actora había egresado del país en el año 2007 y que no resultaba ajustado a derecho que el solo vínculo familiar trajera aparejado la residencia permanente cuando quien otorga el criterio establecido en la ley se encuentra fuera del país.

Por su parte, en el *sub lite*, no se encuentra controvertido que la actora tiene una hija menor de edad nativa argentina que se encuentra en la República Popular China con fines educativos y culturales (fs. 6, 7, 33 y 164). Asimismo, en el acta de audiencia que consta a fojas 164, se deja constancia de la

intención de hacer retornar a la niña para que resida en nuestro país permanentemente, lo que indica que su estadía fuera del territorio nacional es transitoria. Además, según se afirmó a fojas 33 del expediente principal y fojas 93 del expediente administrativo 4206/2002, la actora está casada con el señor Haigang M , quien goza de residencia permanente y es el padre de la niña (fs. 6/7), lo cual no fue oportunamente controvertido por la autoridad de aplicación en instancia administrativa o judicial.

Delimitado el marco fáctico, y en atención a los términos en los que fue concedido el recurso extraordinario, entiendo que la primera cuestión federal a estudio se circunscribe a la interpretación y aplicación del impedimento de permanencia del artículo 29, inciso *a*, de la ley 25.871. En segundo lugar, se encuentra en discusión el alcance del derecho a la unidad familiar como criterio para otorgar la residencia permanente en los términos del artículo 22 de esa norma.

-V-

En primer lugar, corresponde aclarar que no obstante las falencias que presenta el decisorio, por cuanto los magistrados expresan discordancias en el encuadre legal de la situación bajo examen, entiendo que es posible identificar un núcleo de opiniones coincidentes sobre la solución de la cuestión debatida, lo que brinda sustento suficiente al acto jurisdiccional (Fallos: 304:154, "Campos", y sus citas). En definitiva, la sentencia recurrida sostuvo que la autoridad administrativa no había acreditado la adulteración del documento que invocaba para configurar el impedimento de permanencia previsto por el artículo 29, inciso *a*, de la Ley de Migraciones y que correspondía el otorgamiento de la residencia permanente a la actora en el marco de las normas que reglamentan el derecho a la unidad familiar (arts. 22, ley 25.871 y art. 22, inc. *b*, Decreto 616/2010). A su vez, estimo que la Dirección Nacional de Migraciones ha tenido suficiente oportunidad de defenderse en el proceso por lo que no existe un

perjuicio concreto que amerite la descalificación de la sentencia como acto jurisdiccional válido.

En segundo lugar, respecto a la primera cuestión debatida, la recurrente sostiene que el *a quo* interpretó en forma errada el artículo 29, inciso *a*, de la ley 25.871 al entender que la situación de la actora no se subsume en la causal de impedimento de permanencia en el territorio con fundamento en la presentación de documentación falsa.

A mi juicio, la cámara realizó una interpretación correcta del alcance de dicha norma. En efecto, del expediente administrativo 4206/2002, que finalizó con la disposición de la Dirección Nacional de Migraciones referida, surge que el ente administrativo no tenía la certeza de que la documentación presentada por la actora fuera apócrifa, sino tan solo una mera presunción. Si bien el consulado argentino en la República Popular China informó que no se había otorgado una visa transitoria a favor de la señora Z , respecto de la etiqueta de seguridad que obra en el pasaporte correspondiente informó que no era posible emitir opinión sobre su autenticidad por no ser legible su numeración (fs. 53). En virtud de ese informe, la Dirección de Admisión de Extranjeros indicó que la solicitante "(...) se habría valido de una visa presuntamente apócrifa, comportando ello una causal de inhabilidad, cuya investigación escapa de la esfera de la competencia de esta Administración (...)" (fs. 64). En el mismo sentido se expidió la Dirección de Asuntos Jurídicos, en su dictamen de fojas 65, lo que concluyó con la denegación del beneficio solicitado mediante la Decisión 25.442 (fs. 66/68).

No obstante, para tener por configurado el impedimento de permanencia previsto en el artículo 29, inciso *a*, se requiere la acreditación —en sede administrativa o judicial— del presupuesto fáctico que habilita su aplicación y no basta la existencia de meras presunciones. Tampoco se observa que la autoridad migratoria haya desplegado actividad probatoria alguna dirigida a verificar la documentación y la comisión de una falta administrativa, más allá de

las eventuales responsabilidades penales. Cabe resaltar que, al tratarse de un documento público emitido por las autoridades consulares, es el propio Estado quien tiene dominio de la información y la posibilidad de acreditar la falsedad o veracidad de la documentación.

Este criterio en materia probatoria adquiere mayor relevancia en el ámbito del procedimiento migratorio que puede derivar en la expulsión de una persona del país, desde que se ponen en juego derechos fundamentales de la persona tales como el derecho a la circulación y residencia y el derecho a la libertad personal (arts. 14 y 20, Constitución Nacional; y 7 y 22, Convención Americana sobre Derechos Humanos).

En ese sentido, ya en 1967, la Corte Suprema ha sostenido, en el marco del rechazo de una solicitud de residencia permanente por configuración de un impedimento de permanencia, que para justificar una medida de tanta gravedad las decisiones administrativas no pueden basarse en meras afirmaciones o presunciones emanadas de datos poco concretos. Manifestó, además, que “el ejercicio de la atribución administrativa de permitir la radicación definitiva de extranjeros en el país no es absoluto y discrecional, al punto que pueda lesionar derechos amparados por la Constitución, y si ello ocurre es misión de los jueces acordar a esos derechos la tutela requerida por el interesado” (Fallos: 268:393, considerando 6°, “Argüello”).

Además, la naturaleza de los derechos involucrados demanda que en procedimientos de esta índole deban respetarse las garantías del debido proceso, en especial, la presunción de inocencia (arts. 18, Constitución Nacional, y 8, inc. 2, Convención Americana sobre Derechos Humanos). A su vez, deben reforzarse ciertas garantías básicas de defensa en juicio como consecuencia del desequilibrio procesal en el que se encuentra el migrante ante la autoridad migratoria para desarrollar una defensa adecuada de sus intereses (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-16/99, 1 de octubre

de 1999, párr. 119; acordada CSJN 5/2009 del 24 de febrero de 2009, Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condiciones de Vulnerabilidad, capítulo 1, sección 2da, apartado 6).

Al determinar el contenido de la garantía de debido proceso en la esfera de los procedimientos migratorios, la Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció que "en ciertos casos en que las autoridades migratorias toman decisiones que afectan derechos fundamentales, como la libertad personal, en procedimientos tales como los que puedan desembocar en la expulsión o deportación de extranjeros, el Estado no puede dictar actos administrativos o judiciales sancionatorios sin respetar determinadas garantías mínimas, cuyo contenido es sustancialmente coincidente con las establecidas en el numeral 2 del artículo 8 de la Convención y son aplicables en lo que corresponda. En este sentido, coinciden órganos internacionales de protección de los derechos humanos" ("Caso Familia Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional de Bolivia", sentencia del 25 de noviembre de 2013, párr. 132; en igual sentido, Opinión Consultiva OC-21/14, párr. 112; Fallos: 330:4554, "Zhang", considerando 8°).

Por último, como afirmó la cámara, en el supuesto de comprobarse la falsedad de los documentos presentados, la autoridad migratoria tiene la potestad de ejercer las atribuciones previstas en el artículo 62, inciso a, de la ley 25.871, de cancelar la residencia que se hubiese otorgado y disponer en su caso la expulsión del territorio. Sobre la base de lo expuesto, entiendo que el *a quo* ha realizado una correcta interpretación del alcance de la Ley de Migración a la luz de las garantías constitucionales aplicables al rechazar la configuración de la causal de impedimento de permanencia del artículo 29, inciso a, de esa norma.

-VI-

Con respecto a la interpretación del criterio de unidad familiar para fundar el derecho de la actora a la residencia permanente, el artículo 22 de la Ley de Migraciones establece que se considerarán residentes

permanentes a los inmigrantes parientes de ciudadanos argentinos, nativos o por opción, entendiéndose como tales al cónyuge, hijos y padres.

A su vez, el artículo 22 del decreto 616/2010 señala que el extranjero que solicite su residencia permanente deberá acreditar ser progenitor de argentino nativo, naturalizado o por opción, teniendo en cuenta principios de unidad, sostén y con el alcance del derecho de reunificación familiar establecido en la legislación pertinente y en el artículo 10 de esa reglamentación (inc. a).

Cabe recordar que la interpretación de estas normas debe realizarse en forma armónica, considerando el contexto general y los fines que las informan “teniendo en cuenta la totalidad del ordenamiento jurídico y los principios y garantías de raigambre constitucional, para obtener un resultado adecuado, pues la admisión de soluciones notoriamente disvaliosas no resulta compatible con el fin común, tanto de la tarea legislativa como de la judicial (Fallos: 329:2890, “Díaz Cabral”, entre otros).

En este sentido, el derecho a la unidad familiar en el contexto migratorio ha sido reconocido como una manifestación del derecho más amplio a la protección de la familia, consagrado en el artículo 14 *bis* de la Constitución Nacional y en diversos instrumentos internacionales que integran el bloque de constitucionalidad (arts. 10, inc. 1, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; 9, inc. 1, Convención sobre los Derechos del Niño; y 17, inc. 1, y 11, inc. 2, Convención Americana sobre Derechos Humanos).

Este derecho también se encuentra receptado en el artículo 44 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares que prevé que “Los Estados Partes, reconociendo que la familia es el grupo básico natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a protección por parte de la sociedad y del Estado, adoptarán las medidas apropiadas para asegurar, la protección de la unidad de la familia del trabajador migratorio”.

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con referencia al derecho a la protección de la familia previsto en el artículo 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ha manifestado que "la familia es el elemento fundamental de la sociedad y que debe ser protegida (...) este derecho implica no sólo disponer y ejecutar directamente medidas de protección de los niños, sino también favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar, toda vez que el disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye un elemento fundamental en la vida de familia" (Opinión Consultiva OC- 21/14 sobre los "Derechos y Garantías de Niñas y Niños en el Contexto de la Migración y/o en Necesidad de Protección Internacional", párr. 264).

También precisó que "el derecho de toda persona a recibir protección contra injerencias arbitrarias o abusivas en la vida de familia — también denominada 'vida familiar' en lo sucesivo— forma parte, implícitamente, del derecho a la protección de la familia" y destacó que un procedimiento de expulsión o deportación de uno o ambos progenitores, como consecuencia de su condición migratoria, puede llegar a configurar una injerencia en el disfrute de la vida familiar al separar a la niña o al niño de uno o ambos progenitores (Opinión Consultiva OC- 21/14, cit, párr. 265).

De todo ello resulta 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 ocasionar una injerencia arbitraria o abusiva en la vida familiar por razones migratorias.

En línea con este desarrollo conceptual, el artículo 22 de la Ley de Migraciones busca favorecer el asentamiento regular en el país de extranjeros con vínculos familiares, en especial cuando esos vínculos se establecen

con ciudadanos argentinos y con extranjeros residentes permanentes. De ese modo, se procura que las variaciones de la condición migratoria de la persona no afecten de forma desproporcionada o irrazonable los derechos familiares de terceros, en particular el normal desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar y el disfrute de la convivencia entre quienes lo integran más allá de las diferencias entre los diversos modelos de familia.

Ello coincide, a su vez, con el reconocimiento del ejercicio de la reunificación familiar como un objetivo general de la Ley de Migraciones previsto en el artículo 3, inciso *d*, y con el deber impuesto al Estado en el artículo 10 de esa norma de garantizar el derecho de reunificación familiar de los migrantes con sus padres, cónyuges, hijos solteros menores o hijos mayores con capacidades diferentes.

Además, entre los considerandos del decreto 616/2010, se explica que este pretende “incorporar principios internacionalmente reconocidos hacia las personas de los migrantes, como ser los que garantizan el ejercicio del derecho a la reunificación familiar”. Asimismo, en su artículo 10, se asigna al Ministerio del Interior —a través de la Dirección Nacional de Migraciones y demás organismos competentes— el deber de adoptar las medidas necesarias para “asegurar el ejercicio del derecho de reunificación familiar”.

Por último, la unidad familiar es causal de dispensa (arts. 29, último párrafo, y 62, última parte) y resulta, en ciertos casos, un impedimento para la expulsión del migrante (art. 70).

Como ha señalado la Corte Suprema, la Ley de Migraciones produjo una variación sustancial de los objetivos que deben tenerse en cuenta para la admisión de extranjeros otorgando importancia central al principio de unidad familiar (Fallos: 330:4554, “Zhang”).

En estas condiciones, si bien la autoridad migratoria es la encargada de determinar las vías adecuadas para cumplir con estas obligaciones

legales y puede ponderar en cada caso si se reúnen las condiciones para reconocer el derecho a la residencia permanente, debe actuar en todos los casos dentro del marco jurídico descripto, en función de los fines que orientan la ley y conforme a las garantías constitucionales.

En consecuencia, el reconocimiento de la unidad familiar para acceder a la residencia permanente en el marco del artículo 22 de la Ley de Migraciones no es un asunto discrecional sujeto al arbitrio de la autoridad administrativa. Por lo 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.

En tal sentido, la Corte Suprema señaló que "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 los poderes que consagra la Constitución Nacional" (Fallos: 320:2509, "Sola", y sus citas).

Bajo tales premisas, en el caso de autos entiendo que no corresponde brindar un tratamiento diferente a la situación de la actora por el hecho de que su hija argentina menor de edad se encuentre temporalmente residiendo en otro país, pues la norma analizada establece como único requisito para el acceso a la residencia permanente acreditar que el migrante es progenitor de un hijo argentino, y su decreto reglamentario no agrega otros requisitos.

Por lo tanto, no encuentro sustento legal que avale el argumento de la recurrente por el cual debería rechazarse el reconocimiento del derecho de unidad familiar en caso de que el hijo argentino de un extranjero no conviva temporalmente con él en nuestro país, desde que la autoridad de

aplicación no puede dirimir un derecho distinguiendo donde la norma no distingue (Fallos: 333:735, "Sindicato Argentino de Docentes Particulares").

Por lo demás, en la interpretación del artículo 22 de la ley 25.871, en circunstancias como la del caso en examen, no debe perderse de vista que el reconocimiento de la residencia apunta también a asegurar que una niña que es ciudadana argentina pueda desarrollar su vida familiar en su país conviviendo con sus padres (art. 22, inc.1, Convención sobre los Derechos del Niño), lo que se vería seriamente comprometido si su madre resultara expulsada.

En este punto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló que "en aquellos supuestos en que la niña o el niño tiene derecho a la nacionalidad originaria (...) resulta axiomático que la niña o el niño conserva el derecho a seguir disfrutando de su vida familiar en el referido país y, como componente de ello, el disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos. La Corte encuentra, en aplicación de los criterios sentados, que la ruptura de la unidad familiar a través de la expulsión de uno o ambos progenitores por infracciones migratorias relacionadas con el ingreso o permanencia resulta desproporcionada en estos supuestos, pues el sacrificio inherente del derecho a la vida familiar que puede traer aparejado repercusiones en la vida y el desarrollo de la niña o del niño aparece como irrazonable o desmedido frente a las ventajas que se obtienen al forzar al progenitor a abandonar el territorio por causa de una infracción de carácter administrativo" (Opinión Consultiva OC-21/14, cit., párr. 280; en sentido similar, TEDH, "Rodríguez da Silva y Hoogkamer vs. Holanda", demanda 50435/99, sentencia del 31 de enero de 2006 y "Üner vs. Holanda", demanda 46410/99, sentencia de 18 de octubre de 2006, párrs. 55 y ss).

Por las consideraciones efectuadas, opino que resulta correcta la decisión de otorgar la residencia permanente en el marco de las normas que reglamentan la unidad familiar y de las circunstancias que se presentan en el presente caso.

Finalmente, con relación a otros agravios que trae la recurrente, habiéndose determinado el rechazo del impedimento de permanencia previsto en el artículo 29, inciso *a*, de la ley 25.871, no corresponde examinar el alcance de la dispensa por unidad familiar en el marco del artículo 29 *in fine*. Sin perjuicio de ello, lo expresado sobre el derecho a la unidad familiar y las correspondientes obligaciones estatales resulta, en gran medida, de aplicación a ese supuesto.

-VII-

En virtud de lo expuesto, opino que corresponde rechazar el recurso extraordinario interpuesto y confirmar la sentencia apelada.

Buenos Aires, 27 de abril de 2016.

ES COPIA

VÍCTOR ABRAMOVICH



ADRIANA N. MARCHISIO
Subsecretaria Administrativa
Procuración General de la Nación