



AIDEF

Asociación Interamericana
de Defensorías Públicas

Red Interamericana de defensa de personas en contexto de movilidad

**El arraigo y la unidad familiar:
su impacto en la
regularización migratoria**

OCTUBRE 2022

“El arraigo y la unidad familiar: su impacto en la regularización migratoria”

I. Introducción

La *Red interamericana de defensa de personas en contexto de movilidad* (en adelante, “Red interamericana”) fue presentada al público el 28 de octubre de 2021, cuando se realizó su lanzamiento en el contexto del seminario internacional “El acceso a Justicia de personas en contexto de movilidad en América Latina”, organizado por el programa EUROsociAL+ de la Unión Europea y la AIDEF.

Tras aprobarse sus documentos vitales de funcionamiento –Reglamento y Protocolo de Actuación para las solicitudes de información– la Red Interamericana se constituyó formalmente en diciembre de 2021 con la designación de sus integrantes –denominados “puntos focales” –, quienes nos reunimos por primera vez en febrero de 2022.

En esos primeros intercambios, se conversó en clave comparativa regional sobre las posibilidades de regularización de la situación migratoria de las personas en contexto de movilidad humana; el impacto que las imposibilidades de obtener una radicación en alguno de los países de la región tiene en el acceso a sus derechos y su correcto ejercicio y, de la mano de ello, las posibilidades de obtener una dispensa o autorización para radicarse pese a haber ingresado en forma irregular a un país o tras la transgresión de una norma penal u otras causales de impedimento, cancelación y expulsión.

Por ello, se planteó la necesidad de analizar la noción de arraigo y unidad familiar, su abordaje normativo así como sus implicancias prácticas en cada una de las legislaciones de los países que se encuentran representados en la Red interamericana. Este ejercicio comparativo, plasmado en el presente documento, pretende, por un lado, coadyuvar con futuros procesos de reformas de la normativa migratoria en la región -sean integrales o parciales-; y, por otro lado, elevar los estándares de protección mediante la incorporación de nuevos y novedosos planteos en las intervenciones de las defensorías públicas.

A tal efecto, este documento se acompaña de un boletín de jurisprudencia sobre este mismo tópico, donde se compendian fallos relevantes –no necesariamente exitosos– de los distintos tribunales locales.

Por último y antes de comenzar, cabe aclarar que este documento ha sido confeccionado desde la óptica de las defensorías públicas¹, muchas de las cuales encuentran limitada su competencia al ámbito penal. En efecto, tal como surge de un diagnóstico realizado en forma reciente por la propia AIDEF con el apoyo del programa EUROsociAL+, “no en todas las defensorías públicas la atención a migrantes es una línea de trabajo especial (...) En un 64% sí existe una línea especial y en un 36% no lo tiene”², porcentaje que se replica al consultar si las defensorías públicas afirman que tienen contemplada la defensa en casos de posible expulsión del migrante³. De igual modo, “en cuanto a si existe en la organización de la defensoría pública un comité o comisión encargada del derecho migratorio o de refugio/asilo, el 57% de las defensorías señalaron

¹ Respondieron el cuestionario los puntos focales de Argentina, Brasil, Chile, Costa Rica, Rep. Dominicana, Ecuador, Guatemala, México y Paraguay.

² Jiménez Mayor, Juan F. y Alarcón Velasco, Noemí; Diagnóstico “Acceso a la justicia de personas en contexto de movilidad humana Diagnóstico regional y buenas prácticas”, Serie aprendizajes en Cohesión Social, Colección EUROSOCIAL N° 15, pag. 94

³ *Ibidem*, pag. 99

que no existe un comité o área encargada de temas de derecho migratorio o de asilo, mientras que el 43% afirmó esto positivamente”⁴.

Ello explica que no se aporten detalles sobre el litigio administrativo y/o jurisdiccional interno de cada país en esta materia, sin perjuicio de que, con seguridad, sea llevado adelante por otras instituciones públicas y organizaciones de la sociedad civil.

II. *La noción de arraigo y unidad familiar*

En un extenso trabajo sobre la materia, Odriozola analiza las distintas nociones de arraigo, en orden a demostrar que no es un concepto sobre el cual exista uniformidad de criterio. En efecto,

según Campos Hellin, la noción social de “arraigarse” supone que la persona carece de vínculos con su país de origen y que cuenta con cierto grado de integración en las diversas estructuras sociales de una determinada sociedad. Para Joseph Carens, este concepto es más amplio y responde a una densa red de relaciones y asociaciones que suceden naturalmente con la residencia en un país y con el paso del tiempo, creando así un sentido de pertenencia a partir de la conexión entre la persona migrante y la sociedad de acogida⁵.

Sin embargo, tal y como concluye el autor, no existe una definición similar en materia legal, antes bien, la noción de arraigo es analizada a partir de un número abierto de circunstancias dependiendo de cada caso.

En esa línea, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas al analizar los alcances del artículo 12.4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que establece que “[n]adie podrá ser arbitrariamente privado del derecho a entrar en su propio país”, reconoció que

hay factores distintos de la nacionalidad que pueden forjar vínculos estrechos y duraderos entre una persona y un país [Stewart v. Canadá, 1996]. Asimismo, partiendo de la premisa de que toda expulsión de un país conlleva una prohibición de reingreso, destacó que el mencionado artículo 12.4, al referirse a “nadie”, no hace diferencia entre nacionales y extranjeros y que, por lo tanto, la expresión “su propio país” es más amplia que el “país de su nacionalidad”. (...) Para el Comité, por lo tanto, no puede expulsarse de “su propio país” a aquella persona que tiene vínculos especiales con un país determinado y por ende lo convierten en algo más que “un simple extranjero” [Observación General N° 27, 1999]. Más aún, el Comité ahondó en detalles sobre aquellos factores que deben evaluarse para ponderar el concepto de “propio país”. Al examinar la expulsión de Jama Warsame, un migrante de nacionalidad somalí radicado en Canadá desde los cuatro años, el Comité entendió que su residencia prolongada, la solidez de sus vínculos personales, el hecho de haber sido educado en ese país y la intención de permanecer allí, en contraste con la

⁴ Idem, pag. 100

⁵ Odriozola, Ignacio, De raíces y expulsiones, Revista Bordes, 4 de mayo de 2021, disponible en <http://revistabordes.unpaz.edu.ar/de-raices-y-expulsiones/>; con cita de Campos Hellin, R., “El arraigo como factor impeditivo de una expulsión tras la reforma de la LO 1/2015”, *Boletín Criminológico del Instituto andaluz Interuniversitario de Criminología*, Vol. 185, año 2019, p.5. Disponible en: <https://revistas.uma.es/index.php/boletin-criminologico/article/view/6835/6372> y de Carens, J. The Ethics of Immigration, Oxford University Press, 2013, p. 158.

ausencia de ese tipo de vínculos en otro lugar, constituían elementos sobrados para reflejar el arraigo de esta persona a “su propio país” y por tanto la ilegitimidad de su expulsión [Warsame v. Canadá, 2011]⁶.

En igual sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), seguido en su línea jurisprudencial por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), han ponderado la noción de arraigo y la unidad familiar dentro del test de razonabilidad o proporcionalidad que cabe realizar sobre toda medida restrictiva de derechos –como puede ser, precisamente, la prohibición de ingreso, reingreso o permanencia de una persona en un país del cual no es nacional-.

Recordemos que el TEDH, en su jurisprudencia constante determinó que, en la medida en que una deportación pueda interferir en el derecho a la vida familiar, dicha medida deberá estar prevista por ley, perseguir un fin legítimo y ser necesaria en una sociedad democrática. Sólo cuando la medida reúna todos estos requisitos se entenderá que es legal y no arbitraria y que, por lo tanto, se encuentra de conformidad con lo establecido en el artículo 8.2 del Convenio⁷. En tal sentido, destacó que cuanto más sólidos son los vínculos del individuo y más prolongada su residencia, más difícil será para el Estado demostrar la proporcionalidad de la medida⁸. Asimismo, en casos de familias con hijos, cualquier decisión relativa a la separación del niño del núcleo familiar debe estar justificada por el interés del niño⁹, por lo cual, las medidas que impidan ese goce constituyen una interferencia en el derecho protegido en el artículo 8 del Convenio Europeo¹⁰. Este test de razonabilidad o proporcionalidad de la medida adoptado por el TEDH en su jurisprudencia fue adoptado por los órganos de protección del sistema interamericano¹¹.

Entre los factores a ser ponderados en ese test se han contemplado, por ejemplo, la edad que tenía el migrante cuando emigró; el tiempo de residencia en el país receptor; los vínculos familiares del migrante en el país receptor; el alcance de las penurias que constituye la deportación para la familia del no nacional; las contribuciones sociales del no nacional; el alcance de los vínculos de éste en su país de origen; su capacidad para hablar los idiomas principales de su país de origen; el carácter y severidad del delito(s) cometido(s) por el no nacional; la edad del no nacional en el momento que cometió el delito; el período

⁶ Odriozola, Ignacio, De raíces y expulsiones, Revista Bordes, 4 de mayo de 2021, disponible en <http://revistabordes.unpaz.edu.ar/de-raices-y-expulsiones/>

⁷ Cfr. TEDH, C. v. Bélgica. 24 de junio de 1996, No. 35/1995/541/627, párr. 31; TEDH, “Beldjoudi v. Francia”. Sentencia de 26 de marzo de 1992, No. 12083/86, párr. 74; TEDH, “Nasri v. Francia”, Sentencia de 13 de julio de 1995, No. 19465/92, párr. 41; TEDH, “Boughanemi v. Francia”, Sentencia de 24 de abril de 1996, No. 22070/93, Rep. 1996-II, Fasc. 8, párr. 41; TEDH, “Bouchelkia v. Francia”, Sentencia de 1 de enero de 1997, No. 230078/93, Rep. 1997-I, fasc. 28, párr. 48; TEDH, “Boudjaidii v. Francia”, Sentencia de 26 de septiembre de 1997, Rep. 1997-VI, fasc. 51, párr. 39; TEDH, “Boujlifa v. Francia”, Sentencia de 21 de octubre de 1997, 122/1996/741/940, Rep. 1997-VI, fasc. 54, párr. 42).

⁸ Cfr. TEDH, “Beldjoudi v. Francia”. Sentencia de 26 de marzo de 1992, No. 12083/86; TEDH, “Berrehab v. Países Bajos”, Sentencia del 21 de junio de 1988

⁹ Cfr. TEDH, MPEV y otros v. Suiza. Sentencia de 8 de julio de 2014, párr. 51; TEDH, “T y K v. Finlandia”, Sentencia del 12 de julio de 2001, párr. 168; TEDH, “Scozzari y Giunta v. Italia”, Sentencia del 11 de julio de 2000, párr. 148; y TEDH, “Olsson v. Suecia (Nº 1)”, Sentencia del 24 de marzo de 1988, Series A No. 130, párr. 72

¹⁰ Inter alia, TEDH, “Buchberger v. Austria”, Sentencia del 20 de noviembre de 2001, párr. 35; TEDH, “Elsholz v. Alemania”, Sentencia del 13 de julio de 2000, párr. 43; TEDH, Case “Bronda v. Italia”, Sentencia del 9 de junio de 1998, Reports 1998-IV, párr. 51; y TEDH, “Johansen v. Noruega”, Sentencia del 7 de agosto de 1996, Reports 1996-III, para 52.

¹¹ Ver, por ejemplo, CIDH, Caso “Wayne Smith, Hugo Armendariz y otros (Estados Unidos)”. Caso 12.562. 12 de julio de 2010, párr. 58; CIDH, Derechos humanos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazados internos: Normas y estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, 31 de diciembre de 2015, párr. 367; CIDH Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos de los solicitantes de Asilo en el Marco del sistema canadiense de determinación de la condición de refugiado, párr. 163 (2000); Corte IDH, Opinión Consultiva OC 21/14, Derechos y Garantías de Niñas y Niños en el Contexto de la Migración y/o en Necesidad de Protección Internacional, de fecha 19 de agosto de 2014, párr., 153, 275, 279 y 281; Corte IDH. “Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas v. República Dominicana”. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C No. 282, párr. 357.

transcurrido desde que el no nacional tuvo actividad delincencial; pruebas de la rehabilitación del no nacional, con respecto a su actividad criminal; y los esfuerzos realizados por el no nacional para obtener la nacionalidad en el Estado receptor.

Sobre ese aspecto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha señalado que "...dichos elementos no conforman una lista exhaustiva ni unas consideraciones rígidas que deben ser abordadas en cada caso. El examen para balancearlos debe ser flexible respecto a los hechos específicos de cada caso individual"¹².

En concreto, en cuanto a la noción de unidad familiar o vida familiar, es importante destacar, tal y como lo ha hecho la Corte IDH, que

dato que no existe en el ámbito internacional -ni local- una definición unánime de familia, la existencia de "vínculo familiar" es una cuestión de hecho que debe ser analizada caso por caso por las autoridades competentes en el marco de los procedimientos que puedan afectarla, tal como son los procedimientos que conllevan la expulsión o deportación¹³.

Ese análisis, para el tribunal interamericano, debe realizarse de manera amplia, ponderando que no existe un modelo único de familia:

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

(...)

En igual sentido, el Comité de los Derechos del Niño ha sostenido 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 local", de conformidad con el artículo 5 de la Convención sobre los Derechos del Niño, y que las previsiones del artículo 9 relativo a la separación de las niñas y los niños de los progenitores, es aplicable "a cualquier persona que tenga el derecho de custodia, los tutores legales o habituales, los padres adoptivos y las personas con las que el niño tenga una relación personal estrecha"¹⁴.

Como puede observarse, entonces, en la jurisprudencia internacional se ha optado por un análisis casuístico, donde deberán ponderarse en el caso a caso aquéllos factores –dentro de los cuales los vínculos familiares y el arraigo ocupan un rol preponderante- que

¹² CIDH, Caso "Wayne Smith, Hugo Armendariz y otros (Estados Unidos)". Caso 12.562. 12 de julio de 2010, párr. 55

¹³ CIDH, Derechos humanos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazados internos: Normas y estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, 31 de diciembre de 2015, párr. 350.

¹⁴ Corte IDH. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Serie A No. 21, parr. 272, con cita de 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)*, 29 de mayo de 2013, CRC/C/GC/14

resulten relevantes en pos de proteger los derechos que se encuentren en juego y la razonabilidad de sus posibles restricciones¹⁵.

Finalmente, cabe mencionar que la noción de arraigo ha sido de mucha utilidad en el marco de procedimientos de regularizaciones migratorias. Por ejemplo, el Reglamento de Extranjería de Costa Rica “estableció en 2012 un período de seis meses para regularizarse para aquellos que tuviesen veinticinco años cumplidos o menos, que no pudiesen regularizar su situación migratoria por alguna otra de las categorías que contempla la Ley, y que demostrasen un arraigo en el país, **mayor a cinco años**” (el destacado es propio)¹⁶. En el caso de El Salvador se determinó que “las personas extranjeras que se encuentren residiendo en el país de forma irregular, **con un mínimo de diez años** previo a la entrada en vigencia de la ley Especial de Migración y Extranjería, **que demuestren su arraigo**, podrán solicitar a la Dirección General su regularización como residente definitivo, una vez pagada la sanción migratoria y las tasas respectivas”¹⁷ (el destacado es propio).

III. El arraigo y la unidad familiar en las legislaciones de América Latina

La noción de arraigo se encuentra incorporada en la totalidad de las legislaciones penales de la región, como un criterio a tener en consideración al tiempo de disponer la libertad de una persona sujeta a un proceso penal y evaluar si existen probabilidades de que eluda el proceso y/o el cumplimiento de la pena.

La legislación chilena presenta en este aspecto una particularidad. En efecto, la ley Nro. 18.216, que regula penas sustitutivas a las penas privativas o restrictivas de libertad, establece el arraigo como un criterio que debe considerar el juez al momento de decidir la sustitución de una pena privativa de libertad por la expulsión del extranjero. Establece el art. 34 de dicha norma que

Si el condenado a una pena igual o inferior a cinco años de presidio o reclusión menor en su grado máximo fuere un extranjero que no residiere legalmente en el país, el juez, de oficio o a petición de parte, podrá sustituir el cumplimiento de dicha pena por la expulsión de aquél del territorio nacional. La misma sustitución se aplicará respecto del extranjero que resida legalmente en el país, a menos que el juez, fundadamente, **establezca que su arraigo en el país aconseje no aplicar esta medida**, debiendo recabar para estos efectos un informe técnico al Servicio Nacional de Migraciones, el que deberá ser evacuado al tenor del artículo 129 de la Ley de Migración y Extranjería [...]. (el destacado nos pertenece).

Por otra parte, en la mayoría de las legislaciones migratorias se reconoce la posibilidad de radicarse (en forma permanente o temporaria) tras haber residido durante un lapso de tiempo determinado en el país. Aunque no se denomine en ninguna de tales

¹⁵ Para un análisis más extenso ver Mendos, L. y Muñoz, R. (2012). Garantías procesales en procesos de expulsión de migrantes: estándares internacionales y su recepción en el derecho interno argentino. En S. Rey (ed.), Problemas Actuales de Derechos Humanos. Tomo I (pp. 165-217). Buenos Aires: EUDEBA, y Muñoz, R. (abril de 2017). La potestad de dispensa como facultad discrecional –exclusiva– de la Dirección Nacional de Migraciones. Recuperado de <https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/Estudios/>

¹⁶ Diego Acosta y Jeremy Harris, Regímenes de Política Migratoria en América Latina y el Caribe, Inmigración, libre movilidad regional, refugio y nacionalidad, Biblioteca Felipe Herrera del Banco Interamericano de Desarrollo, Pag. 150

¹⁷ Diego Acosta y Jeremy Harris, Regímenes de Política Migratoria en América Latina y el Caribe, Inmigración, libre movilidad regional, refugio y nacionalidad, Biblioteca Felipe Herrera del Banco Interamericano de Desarrollo, Pag. 168

normativas como “arraigo” propiamente dicho, ciertamente se está reconociendo un derecho a regularizar la situación migratoria tras haber generado vínculos estables con el país.

De igual modo, la gran mayoría de las legislaciones de la región contemplan supuestos de radicación o regularización de la situación migratoria en razón de la unidad y/o reagrupación familiar. Por lo general, el derecho a radicarse en el país donde se encuentre un familiar se extiende a madres y padres, hijos e hijas, esposas y esposos¹⁸. Debe destacarse que, en la mayoría de las legislaciones se reconoce entidad no sólo al

¹⁸ **Argentina.** Ley Nro. 25.871 y decreto reglamentario 616/10: art. 22.- “El extranjero que solicite su residencia permanente deberá acreditar: a) Ser cónyuge, progenitor o hijo 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 la presente Reglamentación. b) Ser cónyuge, progenitor, hijo soltero menor de DIECIOCHO (18) años no emancipado o mayor con capacidad diferente, de un residente permanente, 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 la presente Reglamentación. c) Tener arraigo por haber gozado de residencia temporaria por DOS (2) años continuos o más, si fuere nacional de los países del MERCADO COMUN DEL SUR (MERCOSUR) o Estados Asociados; y TRES (3) años continuos o más, en los demás casos. Asimismo, deberá dar cumplimiento a las demás condiciones que determine la DIRECCION NACIONAL DE MIGRACIONES según el tipo de residencia temporaria de que se trate (...)”.

Cabe realizar la salvedad que, mediante disposición de la Dirección Nacional de Migraciones, se reconoció análogos efectos jurídicos al matrimonio a la unión convivencial, con nacional argentino o con ciudadano extranjero radicado permanente o temporario en el país, inscrita en el registro que corresponda a la jurisdicción local (Disposición DNM 6206/2017 del 10 de noviembre de 2017).

Chile. Reglamento de la ley N° 21.325. Regula el permiso de residencia de “reunificación familiar” y el de “razones humanitarias”. En el caso del primer supuesto, considera el otorgamiento de un permiso temporal de residencia cuando se acredite que tiene alguno de los familiares señalados en el Reglamento, que dispongan de una residencia definitiva o sea chileno. En relación con el permiso por razones humanitarias, el art. 45 contempla un permiso para niños, niñas y adolescentes que privilegia que permanezcan con sus padres o guardador, independiente de la situación migratoria de este último. Por su parte, el art. 19, relativo a la Reunificación familiar establece que “Los residentes podrán solicitar la reunificación familiar con su cónyuge o con aquella persona que mantenga una relación que, de conformidad con el derecho aplicable, produzca efectos equivalentes al matrimonio, padres, hijos menores de edad, hijos con discapacidad, hijos solteros menores de 24 años que se encuentren estudiando y menores de edad que se encuentren bajo su cuidado personal o curaduría, debiendo el Estado promover la protección de la unidad de la familia. Las solicitudes de reunificación familiar de niños, niñas y adolescentes con extranjeros residentes se tramitarán de manera prioritaria”.

Costa Rica. Ley N°8764 “Ley General de Migración Y Extranjería”, regula la residencia permanente en el artículo 78 “Podrán optar por la categoría migratoria de residente permanente, las personas extranjeras que cumplan los siguientes requisitos: 1) La persona extranjera, su cónyuge y sus familiares de primer grado por consanguinidad que hayan gozado de una residencia temporal durante tres años consecutivos. 2) La persona extranjera con parentesco de primer grado por consanguinidad con ciudadano costarricense; se entenderán como tales a los padres, los hijos menores o mayores con discapacidad y los hermanos menores de edad o mayores con discapacidad. 3) A quien la Comisión de Visas Restringidas y Refugio otorgue dicha condición. 4) Personas indígenas transfronterizas (*adicionado por el artículo 17 aparte a) de la ley de Protección del desarrollo a la nacionalidad costarricense de la persona indígena transfronteriza y garantía de integración de la persona indígena transfronteriza, N° 9710 del 9 de agosto de 2019*).

Para efectos de renovación de su condición migratoria y cuando corresponda, los residentes permanentes deberán acreditar su aseguramiento a los seguros de la CCSS, como mínimo desde el momento en que se les otorgó dicha residencia y en forma ininterrumpida hasta el momento de renovar su cédula de extranjería. Las excepciones a esta norma serán establecidas vía reglamento.

Ecuador. Ley Orgánica de Movilidad Humana, artículo 63.- Residencia permanente. Es la condición migratoria que autoriza la estadía en el territorio nacional de manera indefinida al que acceden las personas que cumplan al menos una de las siguientes condiciones: 1. Cumplir al menos veintiún meses en calidad de residente temporal y presentar la solicitud correspondiente previo al vencimiento de la condición migratoria que ostenta; 2. Haber contraído matrimonio o mantener unión de hecho legalmente reconocida con una persona ecuatoriana; 3. Ser extranjero menor de edad o persona con discapacidad que dependa de una persona ecuatoriana o de un extranjero que cuente con residencia permanente; o, 4. Ser pariente dentro del segundo grado de consanguinidad o afinidad de un ciudadano ecuatoriano o de un ciudadano extranjero con residencia permanente en el Ecuador.

Guatemala. Decreto 44-2016, artículo 78: Son residentes permanentes las personas que además de cumplir con los otros requisitos legales, desean adquirir domicilio en el país, los cuales serán establecidos en el reglamento correspondiente y que se encuentran dentro de los siguientes criterios: a) Han sido residentes temporales por un periodo igual o mayor de cinco años; b) Tener un año o más de haber contraído matrimonio o declarado la unión de hecho con persona guatemalteca. c) Los familiares, dentro de los grados de ley, de persona guatemalteca que tienen otra nacionalidad d) Los nacidos en otros países de Centro América cuando han sido residentes temporales por un periodo de un año. (...)

República Dominicana. Ley general de migración NO. 285-04, Reglamento de aplicación decreto NO. 613-11, art.33: Son admitidos como Residentes Permanentes los extranjeros que califiquen como: (...) 3. Parientes extranjeros de nacionalidad dominicana o de extranjeros residentes permanentes en el país, entendiéndose como parientes al conyugue y a los hijos (as) menores de edad y/o solteros (as).

Paraguay. Ley de Migraciones Nro. 6984: artículo 47 establece que podrán adquirir la residencia permanente quienes hayan obtenido previamente la residencia temporal por dos años, prorrogada por igual período y, de conformidad con el artículo 48 “a través del connacional repatriado accederán directamente a la Residencia Permanente: el cónyuge, hijos y nietos extranjeros, estos últimos hasta los 18 años. Asimismo, podrá hacerlo el cónyuge del hijo del connacional”.

matrimonio sino también la unión conyugal, unión convivencial e incluso, en algunas de ellas, la convivencia de hecho.

Así, por ejemplo, en el caso de Brasil, la legislación lista una serie de posibles vínculos -cónyuge, pareja, hijo, hermano, ascendiente o descendiente hasta el segundo grado de brasileño o inmigrante con permiso de residencia¹⁹- como criterios dadores de radicación. En punto a ello, se han litigado casos donde se limitaba la cadena migratoria, existiendo conflictos entre la ley y su decreto reglamentario²⁰.

Ecuador, por su parte, establece como un principio prioritario en su Ley Orgánica de Movilidad Humana al principio de reagrupación familiar. En tal sentido, la propia ley incorpora una definición del concepto de familia transnacional en su art. 3, entendiendo por tal:

[...] aquella cuyos miembros se encuentran asentados en dos o más países, de los cuales uno es el Ecuador, y mantienen vínculos afectivos, económicos, sociales y culturales. Para efectos del ejercicio del derecho de reunificación familiar, se definirá su alcance hasta el segundo grado de consanguinidad o de afinidad.

México, por su parte, reconoce el arraigo en el artículo 2 de la Ley de Migración como uno de los principios en los que debe sustentarse la política migratoria del Estado mexicano. Señala que debe haber reconocimiento a los derechos adquiridos de los inmigrantes, en tanto que los extranjeros con arraigo o vínculos familiares, laborales o de negocios en México han generado una serie de derechos y compromisos a partir de su convivencia cotidiana en el país, aun cuando puedan haber incurrido en una situación migratoria irregular por aspectos administrativos y siempre que el extranjero haya cumplido con las leyes aplicables. Sin embargo, al estar señalado únicamente como un principio bajo el cual se debe regir la política migratoria sin ahondar el tema e incluso sin una definición concreta, los juzgadores hacen caso omiso del arraigo como un criterio para la regularización migratoria.

Ahora bien, cuando pasamos a analizar las excepciones o dispensas que permiten dejar sin efecto o suspender una orden de expulsión, el peso de los principios de arraigo y unidad familiar varía sensiblemente en las distintas legislaciones.

El arraigo no es contemplado en ninguna de las normas de la región, o lo es de una manera muy vaga e imprecisa, por lo cual requerirá siempre de una interpretación para su aplicación al caso concreto, es decir, se impone la necesidad de litigar caso a caso. Este litigio podrá agotarse en la vía administrativa (en aquellas legislaciones que no garantizan el derecho al recurso o no habilitan la judicialización de estos debates) o bien resultar en la interpretación que de la norma, los hechos y las pruebas del caso concreto realicen jueces y juezas.

¹⁹ Ley de Migración Nro. 13455, art. 37; Decreto Nro. 9.199/2017, art. 153

²⁰ En este caso, hubo una decisión pionera de un tribunal regional (Juzgado Regional Federal de la 3ª Región, en São Paulo) al entender que la Ley de Migración no prevé esta limitación de la reagrupación familiar al primer grado, y en este punto su decreto reglamentario sería ilegal. Así, si existe el vínculo familiar previsto, en cualquier situación sería posible conceder la residencia. Además, hay una decisión específica del Tribunal Regional Federal de la 2ª Región, en Río de Janeiro, para afirmar que la existencia objetiva del vínculo familiar previsto por la ley (cónyuge, pareja, hijo, hermano, ascendiente o descendiente hasta el segundo grado de un brasileño o de un inmigrante titular de un permiso de residencia) es suficiente para la concesión de un permiso de residencia, y la prueba de dependencia económica es innecesaria. Esta postura no fue compartida por el Superior Tribunal de Justicia.

En el caso de Argentina, por ejemplo, el artículo 29 *in fine* de la ley 25.871, al tiempo de enumerar las causales excepcionales que permitirían dejar sin efecto una orden de expulsión, sólo enumera la reunificación familiar y las razones humanitarias.

Eventualmente, podría argumentarse que el arraigo se incorpora como una dispensa exclusiva para prevenir la expulsión de ciertas personas migrantes que cuentan con una residencia temporal o permanente en el país. En este sentido, el artículo 62 *in fine* de la ley 25.871 indica que “[la] dispensa podrá ser otorgada teniendo en cuenta el plazo de permanencia, legal inmediata anterior a la ocurrencia de alguna de las causales previstas en los incisos a) a d) del presente artículo, el que no podrá ser inferior a dos (2) años, debiendo tenerse en cuenta las circunstancias personales y sociales del beneficiario”. Sin embargo, la pobre técnica legislativa utilizada, la ausencia de referencias expresas al arraigo, la facultad discrecional que el artículo otorga a la autoridad migratoria y el hecho de que este artículo no es reglamentado en el Decreto 616/10, tornan su potencial aplicación impracticable.

Por ello, en Argentina, la noción de arraigo como motivo de dispensa, en tanto no se encuentra regulada específicamente, es planteada en cada caso por la persona migrante y/o su defensa procurando acreditar –por vía documental y/o testimonial- que ha generado lazos suficientes con el país, residiendo de hecho por un número importante de años. De la mano de ello, se procura demostrar que ese tiempo transcurrido en Argentina impacta en la carencia de lazos con su país de origen, dejando a la persona en un posible estado de desamparo de ser obligada a retornar al país de su nacionalidad.

A la fecha, no existen pronunciamientos en sede administrativa ni en sede judicial que hayan revertido la orden de expulsión en razón del arraigo –al menos no de manera autónoma, sin estar atado a alguna de las causales de dispensa que sí están establecidas en la ley-. En su defecto, las escasas decisiones judiciales en que el asunto fue explícitamente mencionado, indican justamente que “el legislador no ha establecido criterios que subsanen tal extremo a raíz de su arraigo, del tiempo transcurrido en la República o su resocialización”²¹.

Si bien la Corte Suprema de Justicia de la Nación no resolvió la cuestión de manera concreta, lo cierto es que, recientemente, confirmó la orden de expulsión de una mujer migrante que residía en este territorio desde 1994, habiendo contraído matrimonio en Argentina, que tenía a su madre, hermanas y sobrinos aquí, que se encontraba inscripta en la AFIP, que tenía un trabajo formal y que había generado una extensa red de relaciones sociales en su comunidad; sopesando de manera determinante la comisión de un único delito por el cual había sido condenada en 1999, antecedente que ya se encontraba caduco al tiempo de fallar²². Este pronunciamiento fue seguido de otros como, por ejemplo, el fallo “Huang, Qiuming” donde la Corte Suprema de Justicia de la Nación convalidó la orden de expulsión dictada en su contra por haber ingresado en forma irregular al país pese al tiempo transcurrido y los lazos acreditados en el expediente²³.

²¹ Véase a modo de ejemplo: CNACAF, Sala IV, “N. R., E. W. C/ En - M Interior OP y V-DNM S/ Recurso Directo DNM” (Exp. CAF 42631/2019/CA1), sentencia 29 de octubre de 2020; Sala IV, “T. F., B. c/ E.N. – M. Interior, OP y V-DNM s/ Recurso Directo DNM”(Expte. 50974/2019), sentencia 10 de diciembre de 2020; Sala IV, “C.M., O.K. c/ EN-DNM s/Recurso Directo DNM” (Expte. 59449/2019), sentencia 22 de diciembre de 2020.

²² CSJN, Barrios Rojas, Z. C. c/ EN -DNM resol. 561/11- (exp. 2091169/06 (805462/95)) y otro s/ recurso directo para juzgado, sentencia del 24 de Septiembre de 2020. Ver boletín de jurisprudencia donde se incorpora esta sentencia completa.

²³ CSJN, “Huang, Qiuming c/ EN – DNM s/ recurso directo DNM”, sentencia del 7 de diciembre de 2021. Cabe destacar que la Sala V de la Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal con asiento en la Ciudad de Buenos Aires que resolvió el recurso de apelación interpuesto, consideró que “el organismo demandado omitió

Como excepción, debe destacarse el caso de Brasil pues, en el art. 55 de la ley, fija plazos determinados al establecer que no procederá la expulsión en los siguientes supuestos “(...) c) haber ingresado a Brasil hasta la edad de 12 (doce) años, residir en el país desde entonces; d) persona mayor de 70 (setenta) años que reside en el país por más de 10 (diez) años, considerado la gravedad y fundamento de la expulsión”. La recientemente sancionada Ley de Migraciones Nro. 6984 de la República de Paraguay, por su parte, establece como excepción a la posibilidad de decretar la expulsión de persona extranjera, “la residencia permanente en el país por un período superior a 10 (diez) años”²⁴.

En cuanto a los vínculos familiares, las legislaciones presentan redacciones bien diversas.

Respecto de la persona migrante que se encuentra incurso en alguna de las causales de impedimento de ingreso o de permanencia en la Argentina (art. 29 ley 25.871), la norma refiere en su último párrafo que la autoridad migratoria “podrá”, sólo “excepcionalmente”, dispensarlas de ser expulsadas por “reunificación familiar”. Sin embargo, el concepto no es definido en la norma ni en su reglamentación.

Podemos encontrar una aproximación en el art. 10 de la ley 25.871 cuando establece que “El Estado garantizará el derecho de reunificación familiar de los inmigrantes con sus padres, cónyuges, hijos solteros menores o hijos mayores con capacidades diferentes”. Esta es la definición que toma el decreto 616/10 para reglamentar los arts. 22 y 23 de la ley 25.871 relativos a la obtención de la residencia permanente y temporaria, respectivamente. Sin embargo, la normativa migratoria no aclara esta cuestión.

Sobre este punto, desde la defensa pública argentina se alegan siempre los vínculos familiares que la persona ha establecido en el país, siguiendo la noción amplia de familia adoptada por la Corte IDH.

Distinto es el supuesto de cancelación de una residencia temporaria o permanente, cuando la persona migrante se encuentra incurso en alguna de las causales previstas en el art. 62 ley 25.871. En estos casos la norma indica que “cuando el extranjero fuese padre, hijo o cónyuge de argentino”, el Ministerio del Interior “dispensará” la cancelación de la residencia. En este punto la norma no deja librada a la discreción de la autoridad migratoria la implementación de la dispensa. No obstante, aclara que puede prescindir de su aplicación mediando una “decisión debidamente fundada”.

La jurisprudencia de los tribunales de primera y segunda instancia sobre el punto no ha sido unívoca, aunque la mayoría de los juzgados y salas de las cámaras de apelaciones ha restado entidad a la noción de reunificación familiar frente a la comisión de un delito, sea bajo los supuestos de impedimento de ingreso o permanencia (art. 29 ley 25.871) o de cancelación de residencia (art. 62 ley 25.871). En el precedente “Barrios Rojas”, la Corte Suprema de Justicia de la Nación concluyó que la dispensa por razones de índole familiar receptada en el art. 29 in fine de la ley 25.871 es “discrecional para la administración y que solo puede ser concedida de modo excepcional y mediante resolución especialmente fundada”, por lo cual, “la decisión de la cámara implicó una indebida sustitución de las facultades que la ley atribuyó a la administración” pues “el límite para el ejercicio de esta

considerar las circunstancias actuales del migrante, el tiempo que ha transcurrido desde su ingreso y, en especial, si cumplía o no con las condiciones para obtener una residencia como la peticionada en sede administrativa; máxime, cuando no se ha invocado que el interesado estuviera incurso en alguna otra causal que impidiera su permanencia en el territorio nacional” (Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala V, “HUANG, QUIMING c/ EN - DNM s/ RECURSO DIRECTO DNM”, sentencia del 6 de noviembre de 2018)

²⁴ Ley de Migraciones Nro. 6984, en vigor desde el 18 de octubre de 2022, artículo 69.3.

facultad administrativa está dado por la prohibición de adoptar criterios discriminatorios (artículo 3, inciso f, de la ley)²⁵. Así, como se dijo, confirmó la orden de expulsión de una mujer migrante que tenía en el país a su pareja, a su madre, entre otros familiares.

Aunado a ello, la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictó sentencia en el caso “Otoya Piedra” el 7 de diciembre de 2021. En esa decisión, además de ratificar el precedente “Barrios Rojas”, agrega que los impedimentos de ingreso o permanencia del art. 29 de la ley 25.871, son “una regla legal que la Dirección Nacional de Migraciones tiene el deber de acatar”. Por lo tanto, consideran que la norma migratoria “exige que la autoridad administrativa dicte una resolución fundada cuando, en virtud de una decisión discrecional, concede la dispensa a la expulsión por razones de reunificación familiar.” Es decir, según la Corte Suprema de Justicia de la Nación, cuando la autoridad migratoria conceda la dispensa en cuestión debe motivar porqué lo hace. De lo contrario, basta con la referencia a la norma por la cual la persona debe ser expulsada, para evitar dicho análisis.

Más recientemente, el Máximo Tribunal de Argentina ha considerado los vínculos de una mujer migrante con sus hijos menores de edad en orden a dejar sin efecto la expulsión dictada en su contra, en tal sentido, sostuvo que “la actora y sus hijos menores de edad se encuentran en una situación de extrema vulnerabilidad y la medida de expulsión ordenada importa para estos últimos un riesgo cierto de desamparo”²⁶, encontrándose acreditado el altísimo grado de dependencia de sus hijos menores de edad para su subsistencia y desarrollo tanto en el plano psicológico y emocional, como económico.

Ante tan difícil panorama, haciendo uso de la revisión que prevé el art. 90 de la ley 25.871, se ha logrado que la Dirección Nacional de Migraciones deje sin efecto órdenes de expulsión que se encontraban ya firmes e intime a regularizar a un número de personas – particularmente, mujeres, madres de niños, niñas y adolescentes- teniendo en consideración, precisamente, los vínculos familiares acreditados en el país y el tiempo transcurrido desde la comisión del delito.

En Brasil el art. 55 de la Ley establece que “no procederá la expulsión cuando a) la persona expulsada tenga un hijo brasileño que se encuentre bajo su cuidado o dependencia económica o socioafectiva o tenga una persona brasileña bajo su tutela; b) tiene cónyuge o pareja residente en Brasil, sin discriminación alguna, reconocida judicial o legalmente”. Por lo tanto, se ha discutido jurisprudencialmente la existencia o no de una relación de guarda y dependencia económica, especialmente cuando el hecho desencadenante (nacimiento de un hijo, matrimonio o inicio de una unión estable) es posterior a la comisión del delito o a la sentencia de expulsión.

En Chile, la ley de Migración y Extranjería N° 21.325, si bien no utiliza el concepto de arraigo, sí establece la obligación de considerar las relaciones familiares que las personas extranjeras tienen en el país al momento de dictar una medida de expulsión:

Artículo 129.- Consideraciones. Previamente a dictar una medida de expulsión, en su fundamentación el Servicio considerará respecto del extranjero afectado:

(...)

5. Tener cónyuge, conviviente o padres chilenos o radicados en Chile con residencia definitiva.

²⁵ CSJN, Barrios Rojas, Z. C. c/ EN -DNM resol. 561/11- (exp. 2091169/06 (805462/95)) y otro s/ recurso directo para juzgado, sentencia del 24 de Septiembre de 2020

²⁶ CSJN, “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa C. G., A. c/ EN – DNM s/ recurso directo DNM”, sentencia del 6 de septiembre de 2022, considerando 13.

6. Tener hijos chilenos o extranjeros con residencia definitiva o radicados en el país, así como la edad de los mismos, la relación directa y regular y el cumplimiento de las obligaciones de familia, tomando en consideración el interés superior del niño, su derecho a ser oído y la unidad familiar.

Incluso durante la vigencia del régimen anterior (decreto ley N° 1094, de 1975), las Cortes consideraron el arraigo familiar de las personas extranjeras en Chile (especialmente cuando tenían hijos/as menores de edad) y en algunos casos también el arraigo social/laboral, como un criterio para dejar sin efecto las órdenes de expulsión fundadas exclusivamente en el ingreso de la persona a Chile por paso no habilitado. Del mismo modo, el arraigo familiar fue considerado por las Cortes como criterio para examinar la proporcionalidad de las resoluciones de rechazo de visas o permisos de residencia. Se sostuvo, por ejemplo:

Que, sin embargo, la medida decretada no considera la larga permanencia en Chile del amparado K.J.S., quien si bien obtuvo una sentencia condenatoria como autor del delito de tráfico ilícito de drogas, condenándosele a la pena de 5 años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, obtuvo posteriormente, en el régimen carcelario y por su buena conducta, los beneficios de salida dominical, salida controlada medio día y salida de fin de semana, todo lo cual, unido a su participación en diversos talleres de capacitación y trabajo, propiciaron su reinserción social, laboral y familiar. Lo dicho, demuestra que se trata de una persona que si bien en un momento de su vida no cumplió la exigencia de un comportamiento correcto, lo que determinó la reacción punitiva del Estado, la postura asumida por el condenado de asumir positivamente el objetivo perseguido por la penalidad de corregir su conducta y demostrar con acciones una reinserción exitosa en los planos social, laboral y familiar dentro del país, ha sido acreditado con sus antecedentes de buen comportamiento durante su permanencia carcelaria, que informe la autoridad competente²⁷.

En igual sentido, se ha resuelto:

en lo que respecta ahora a la arbitrariedad reclamada, de acuerdo a los antecedentes hechos valer en el presente arbitrio, la recurrente ha acreditado poseer un fuerte arraigo social y familiar en el país, circunstancia que, atendido el contexto de protección de derechos fundamentales en comento, no puede ser ignorada.

En efecto, respecto de los vínculos de su entorno deben estimarse como relevantes los intereses de su hija menor de edad, quien se encuentra incorporada al sistema público educacional del país, y la circunstancia de que su pareja también vive y trabaja en Chile, son antecedentes que debieron ser considerados por la autoridad administrativa al resolver en uso de las facultades que le concede el artículo 64 N 1 del D.L. 1094, lo que no hizo, por lo que se torna además, en arbitrario²⁸.

²⁷ Sentencia definitiva de la Corte de Apelaciones de Santiago Rol 1534-2013, de fecha 13 de septiembre de 2013, confirmado por la Corte Suprema en causa ROL 7673-2013

²⁸ Sentencia de la Corte Suprema dictada en causa Rol N° 795-2019 de fecha 16 de mayo de 2019

Cabe aclarar que tales precedentes refieren a la normativa ya derogada, pues respecto de la aplicación práctica de la Ley N° 21.325, en tanto entró en vigor en febrero de 2022, aún no puede hacerse una evaluación.

En el caso de Paraguay, la ley 6984 establece que “La Dirección Nacional de Migraciones podrá no disponer de la expulsión de un extranjero, si se acreditase alguna de las siguientes causales: 1. Matrimonio con paraguayo o paraguaya, 2. Padre o madre de hijos paraguayos nacidos en el país (...)” (artículo 69). Habrá que aguardar la reglamentación de esta norma y su aplicación en la práctica para evaluar su impacto en las necesidades de litigio.

En el caso de República Dominicana, la ley 285 del 15 de agosto de 2004, establece en su art. 123 que

podrá no ordenarse la deportación o expulsión del extranjero prevista en los artículos anteriores, de la presente ley, en los siguientes casos: a) Cuando el extranjero (a) estuviere casado (a) con un cónyuge dominicano (a) por un periodo de más de 10 años o tuviere hijos dominicanos por nacimientos debidamente declarados. b) Cuando tuviere una residencia legal, pacífica y continua en el país superior a los 10 años, a partir de su ingreso legal correspondiente. c) Cuando circunstancias especiales establecidas en el reglamento axial lo aconsejen.

En el caso de Ecuador, la ley establece que los extranjeros que hayan sido condenados a una pena privativa de la libertad mayor a cinco años serán expulsados y se ordenará una prohibición de reingresar al país por el plazo de diez años, plazo que podrá ser revisado de acuerdo con excepciones específicas como la reunificación familiar o el interés superior del niño (art. 220). Esa misma norma establece que no se procederá con la expulsión en los casos determinados por la Ley Orgánica de Movilidad Humana y el Código Orgánico Integral Penal. Es decir, “en los casos en que la persona extranjera, con anterioridad a la fecha del cometimiento de la infracción, haya contraído matrimonio, se le haya reconocido una unión de hecho con una persona ecuatoriana o tenga hijas o hijos ecuatorianos” (art. 61 del Código Integral Penal).

En cuanto al alcance y determinación de los principios de unidad familiar e interés superior de la niña, niño o adolescente en el marco de sanciones administrativas de deportación e inadmisión, en tanto no se encuentra determinado, la Defensoría Pública de Ecuador litiga caso a caso para que sean correctamente interpretados por la administración en el marco de las garantías del debido proceso. Así, se registran un número de interesantes decisiones por parte de la Corte Constitucional del Ecuador. Por ejemplo,

De acuerdo con la Constitución, artículo 76, la Corte IDH y del Relator de Naciones Unidas de los Derechos de los Migrantes, en los procesos de deportación el Estado tiene el deber de respetar y garantizar, al menos las siguientes garantías y derechos de las personas migrantes:

[...] k. El derecho a no ser deportado, entre otras, en las siguientes causas:

Cuando se trate de personas extranjeras que demuestren tener vínculos con personas ecuatorianas incluyendo uniones de hecho o demuestren mantener una relación de dependencia económica o de otra índole con una persona ecuatoriana y de la cual depende su subsistencia o cuidado, tales como

tutores/as y curadores de niños, niñas o adolescentes, o personas con discapacidad²⁹.

En los restantes textos legales no se ponderan causales de excepción o defensas que pudieran interponerse frente a una orden de expulsión, como es el caso de Costa Rica y Guatemala.

En efecto, en Costa Rica, la normativa migratoria no tiene causales de excepción o defensa de una orden de deportación o de expulsión con fundamento en la vida familiar o arraigo. En tal sentido, la jurisprudencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia ha señalado, de forma reiterada, que:

...Es claro que las autoridades de migración pueden y deben exigir el cumplimiento de las leyes en esa materia y en ese sentido no encuentra la Sala que en perjuicio de la amparada se haya cometido arbitrariedad alguna violatoria de su libertad personal. Asimismo, debe indicarse que aun en el supuesto de que el amparado sea el padre de una niña costarricense, esto no releva su responsabilidad de ponerse a derecho en cuanto a su situación migratoria. Por lo anterior, el recurso debe desestimarse como en efecto se hace³⁰.

Siguiendo ese precedente, recientemente, mediante sentencia 16944-2022 de las 10:05 a.m. del 19 de julio del 2022 se resolvió que

Si bien es cierto el Estado tiene el deber de proteger a la familia como núcleo esencial de la sociedad, ello no puede servir para reconocer a los extranjeros un derecho a permanecer de manera ilegal en el país, y a ignorar las disposiciones de orden público en torno a esta materia, como pareciera entenderlo la recurrente...". Asociado a lo anterior, se concuerda con lo expuesto por las autoridades recurridas, en el sentido que si bien el Estado costarricense tiene la obligación de darle protección a la familia y a las personas menores de edad, es claro que dicha protección deberá darse a partir de la consideración integral y sistemática del ordenamiento jurídico y en ese sentido debe entenderse que la amenaza de separar al tutelado de sus hijas, no resulta ser un acto ilegal, ni contrario a la Constitución Política, pues es una consecuencia jurídica natural que se derivaría de un proceso de deportación (En sentido similar ver sentencia No. 2014-7957 de las 9:15 horas del 6 de junio de 2014).

Esta jurisprudencia ha dejado atrás precedentes anteriores de esa misma Sala Constitucional, donde se había considerado que ese modo de aplicar la Ley General de Migración Extranjería y su Reglamento contradecían la Constitución Política del país y los tratados de derechos humanos ratificados³¹.

²⁹ Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia Nro. 159-11-JH/19, Párr. 100.

³⁰ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia N° 2013-03280, de las nueve horas veinte minutos del ocho de marzo de dos mil trece.

³¹ Ver Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia en el voto 11259-2002 del 27 de noviembre del año 2002, donde se sostuvo que "Desde la óptica de la ley y de las políticas migratorias, el cuadro fáctico es el de una extranjera que se encuentra ilegalmente en el país, a quien se le detiene y deporta en virtud de un acto administrativo firme y se dicta en su contra un impedimento de entrada por diez años; el hecho de su matrimonio con costarricense no modifica la ilegalidad de su status, por lo que, de conformidad con la Ley General de Migración Extranjería y su Reglamento procede su deportación. En cambio, desde la perspectiva de los derechos fundamentales, resulta absurdo resolver el caso con la Ley General de Migración y Extranjería y su Reglamento. Al resolver el amparo, la Sala tiene que aplicar la Constitución Política y los instrumentos internacionales de los derechos humanos, como fuentes primeras en la jerarquía de sus fuentes. Esto conduce

IV. Conclusiones

Cuando pensamos en soluciones a largo plazo en materia migratoria, no debe perderse de vista que, como reflexiona Sassen, las migraciones se inscriben “en la intersección de diversos procesos económicos y geopolíticos que vinculan a los países implicados; no son el simple resultado de la búsqueda individual de mejores oportunidades”³², agregando que “quienes tienden a emigrar de forma definitiva suelen ser gentes con graves problemas en sus países de origen. Los datos demuestran que tener bajos ingresos no basta para que la gente deje su comunidad”³³.

En efecto, analizando los datos europeos, la autora cuestiona que los movimientos migratorios sean definitivos. Por el contrario, considera que las personas migrantes se muestran renuentes a emprender naturalizaciones o trámites por el estilo, por identidad, lealtad al país de origen, esperanza de regresar, entre otros factores. Esto parece ser así incluso cuando el retorno no se pondera de forma activa, como ocurre con muchos miembros de la segunda generación³⁴.

De igual modo, al analizar las legislaciones europeas destinadas a garantizar la reunificación familiar, Sassen considera que tampoco podrían impactar de manera escandalosa en las cifras, entre otros factores, por el deseo de las personas migrantes de mantener lazos con su país de origen y que sus hijos se eduquen allí, la dificultad de desarraigar a padres ancianos o niños de su hogar; muchos conservan la esperanza de retornar a sus países de origen al cabo de unos años de trabajo en el país de inmigración³⁵.

De tal forma, los argumentos que suelen poner el foco en los posibles riesgos de olas migratorias masivas ante políticas migratorias abiertas o que favorezcan la regularización de las personas en contexto de movilidad humana, contrastan con los estudios que ponen en evidencia el carácter transitorio de los desplazamientos, movimientos asociados antes bien a las políticas económicas que implementan los Estados antes que a sus políticas migratorias.

Sin perjuicio de ello, tal y como surge del presente estudio comparativo, la mayoría de las legislaciones de la región sólo reconocen al arraigo y la unidad familiar como principios rectores de su política migratoria, otorgando cierto peso a los vínculos familiares y los lazos generados en el país de acogida a los efectos de obtener una residencia

a abordar el asunto y apreciar el cuadro fáctico de otra manera, ya que lo que tenemos delante es el de una persona que en 1998 dejó su país de origen e ingresó legalmente a Costa Rica, donde radica desde entonces; al año siguiente contrajo matrimonio con un costarricense —lo cual, por cierto, según el artículo 14 constitucional le da derecho a nacionalizarse— y que cuatro años después es detenida para ser deportada a su país de origen, adicionalmente, con un impedimento de entrada por diez años.

V.- Tales hechos, apreciados a la luz de las premisas arriba indicadas, revelan una clara violación de los derechos fundamentales de la recurrente, entre otros, a su dignidad humana, a la prohibición de un tratamiento cruel, dado que a ella, como persona, como mujer, como casada con un nacional, deportarla a un país convulsionado y deprimido, del que salió ejerciendo su derecho fundamental a emigrar, implica una reacción inhumana y desproporcionada por el mero hecho de no haber formalizado su status migratorio oportunamente. En este sentido, la jurisprudencia internacional es particularmente iluminadora. La Corte Europea de Derechos Humanos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas han puesto, por encima de las legislaciones domésticas, los derechos y principios del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y de la amplia doctrina de estos órganos internacionales, este Tribunal extrae la conclusión de que el vínculo familiar prevalece sobre la voluntad de deportación en este caso concreto, en que el punto medular radica en el vínculo familiar de la recurrente con un costarricense, por el matrimonio contraído en 1999, según la certificación de registro adjunta”.

El principio de unidad familiar también ha sido ponderado como un factor al momento de otorgar visas por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, sentencia 01024-2009 del 27 de enero del 2009.

³² Sassen, Saskia, *Inmigrantes y ciudadanos. De las migraciones masivas a la Europa fortaleza*. Siglo XXI editores. Madrid. 2017, pág. 29.

³³ *Ibidem*, pág. 18.

³⁴ Pag 196

³⁵ Pag. 179

temporaria o permanente. Esos trámites suelen exigir un número de requisitos, siendo el ingreso regular al territorio y la carencia de antecedentes penales, muchas veces, definitorios.

En casos de irregularidad o comisión de un delito, las legislaciones varían sustancialmente en cuanto a la ponderación del arraigo y los vínculos familiares como causales de excepción o dispensa ante el dictado de órdenes de expulsión o cancelación de residencias. La mayoría de las defensorías públicas que respondieron la encuesta manifestaron que la indefinición normativa o las interpretaciones restrictivas de ella realizadas por las autoridades migratorias, obligan a la defensa pública al litigio caso a caso³⁶.

Ello se ve entorpecido por el dictado de decisiones arbitrarias por parte de la administración, en la mayoría de los casos carentes de adecuada fundamentación, y difíciles de controlar por la falta de publicidad de esta clase de decisiones. A diferencia de lo que puede ocurrir con la jurisprudencia, no suelen existir bases de búsqueda de decisiones administrativas de modo tal de verificar cómo se interpreta el arraigo y la unidad familiar en los distintos casos e intentar establecer una suerte de patrón.

Finalmente, un gran escollo en términos de la consideración del arraigo y la unidad familiar consiste en que la gran mayoría de las leyes migratorias de la región no ponderan como un factor central la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran las personas en contexto de movilidad humana. Así, no se contemplan las dificultades que pueden registrarse en torno al cumplimiento y prueba de determinados requisitos.

³⁶ En tal sentido, es importante destacar que la intervención de la defensa pública con carácter obligatorio se encuentra garantizada en un número de legislaciones de la región.

Así en el caso de Argentina el art. 86 de la ley 25.871 establece que aquéllos extranjeros que carezcan de medios económicos tendrán derecho a asistencia jurídica gratuita. Esta norma fue reglamentada por el decreto 616/10 que impuso a la Dirección Nacional de Migraciones la carga de dar inmediata intervención al Ministerio Público de la Defensa, disponiendo la suspensión de cualquier trámite y de los plazos en curso en las actuaciones administrativas, hasta que el referido Ministerio tome intervención o el interesado reciba la asistencia jurídica necesaria para la salvaguarda de sus intereses.

En el caso de Ecuador el art. 219 Reglamento a la Ley Orgánica de Movilidad Humana en concordancia con el Art. 144 de la Ley Orgánica de Movilidad Humana establece: “[...] 3. Notificar el auto de inicio del procedimiento administrativo de deportación a la Defensoría Pública cuando la persona extranjera lo requiera para que sea asistida jurídicamente durante el procedimiento”.

En el caso de Brasil, el art. 51 de la ley establece que la Defensoría Pública de la Unión deberá ser notificada para prestar asistencia en todos los procedimientos administrativos de deportación; en tanto el art. 58 determina que deberá ser notificada del inicio de los procesos de expulsión, siempre que no hubiera defensor ya constituido.

En el caso de República Dominicana, por el contrario, el proceso es puramente administrativo, de tal forma, la expulsión de una persona migrante es una decisión unilateral.