

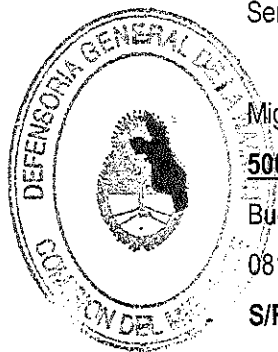


MARINA SALMAIN
DEFENSORA PÚBLICA COADYUVANTE

Ministerio Público de la Defensa
Defensoría General de la Nación

INTERONGO RECURSO DE APELACIÓN. FUNDO RECURSO. MANTENGO RESERVA DE CASO FEDERAL

Señor Juez Federal:



Marina Salmain, Defensora Pública Coadyuvante, integrante de la Comisión del Migrante de la Defensoría General de la Nación, con domicilio electrónico correspondiente al CUID 50000003058, y despacho legal en la calle 25 de Mayo 691, piso 8, de esta Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en representación del Sr. [REDACTED] en los autos nº 081740/2018, caratulados [REDACTED] Y OTRO C/ EN - DNM S/RECURSO DIRECTO DNM", en trámite ante el Juzgado en lo Contencioso Administrativo de Federal Nº 7, secretaría nº 14, a V.S digo:

I.- OBJETO

Habiendo sido notificada en fecha 18/06/2019 de la sentencia recaída en autos el pasado 14/06/2019, vengo en legal tiempo y forma a interponer recurso de apelación contra la mentada resolución, toda vez que ocasiona un gravamen irreparable a los derechos de mi asistido, de conformidad con los argumentos que a continuación se expondrán.

II.- FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA

A continuación, fundamentaré los agravios que la resolución recurrida le genera a mi mandante. Como los mismos serán puestos a conocimiento de los jueces de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, en lo sucesivo, me dirigiré a esa Alzada.

II. a) Nulidad de la sentencia por erróneo encuadre de la ley aplicable.

Esta defensa en ocasión de presentar la demanda judicial solicitó que la situación del Sr. [REDACTED] se analice conforme la normativa de la ley 25871 en su redacción original, sin las modificaciones impuestas por el DNU 70/2017.

Para ello, se fundamentó en que el hecho motivador de la orden de expulsión fue la condena cinco (5) años y dos (2) meses de prisión impuesta por el Tribunal Oral en lo Criminal nº 1 de Mercedes dictada en fecha 17/03/2009, y que el inicio de las actuaciones administrativas data del año 2014, es decir, previo a la vigencia del Decreto de necesidad y urgencia 70/2017.

El magistrado de grado efectúa un relato de los hechos del expediente administrativo, donde menciona la condena impuesta por el Tribunal, monto de la pena, tipo de delito, y las disposiciones administrativas emitidas por la Dirección Nacional de Migraciones.

En un primer momento refiere que los actos administrativos cuestionados fueron dictados de conformidad a lo previsto en la ley 25871 sin las modificaciones efectuadas con la sanción del DNU 70/2017 (conforme Cons. IV de la sentencia en crisis) sin embargo en el considerando XI refiere que mi asistido incurrió en una falta tipificada en el art. 29 inc. c) conforme nueva redacción en virtud del Decreto 70/2017.

Tal como podrá observar VVEE de la sentencia recurrida no surge con claridad qué norma entiende el juez aplicable al caso, cuestión que resulta central para dirimir la presente contienda.

USO OFICIAL



Ministerio Público de la Defensa
Defensoría General de la Nación

Resulta inobjetable la importancia que implica que la autoridad judicial interviniente en el presente proceso, determine bajo que normativa se van a resolver las presentes actuaciones, ya que como se ha dicho en reiteradas ocasiones, la nueva normativa de emergencia es más gravosa que la ley 25871 en su redacción original.

Siquiera se ha hecho mención a lo solicitado por esta parte, en cuanto a la aplicación de la 25871 en su redacción original. Evidentemente el Sr. juez *a quo* no consideró relevantes las circunstancias mencionadas, a los efectos de determinar bajo qué ley se enmarcará el proceso.

Este error grave, debe ser subsanado, puesto que en casos como estos donde se pone en tela de juicio una situación tan delicada como una medida de expulsión de un migrante del territorio nacional, con la consecuente afectación de derechos humanos fundamentales que ello podría acarrear, resulta central dirimir la ley que se aplicará. Que en el presente caso sostiene esta defensa corresponde la Ley 258.871 en su redacción original.

Noten VVEE que de aplicarse las reformas introducidas por el DNU, el art. 4 in fine de manera arbitraria desconoce los alcances de la dispensa de "reunificación familiar o razones humanitarias" desoyendo los límites establecidos por el derecho internacional de los derechos humanos a la facultad del estado de expulsar migrantes en función de sus vínculos familiares.

En el caso concreto de mi asistido según el nuevo decreto de necesidad y urgencia, ningún órgano administrativo, ni el poder judicial, podrían valorar su situación a la luz de los derechos humanos involucrados. **En efecto, tiene a sus cinco hijas argentinas menores de edad a su EXCLUSIVO CARGO, las cuales concurren a una escuela de educación pública cercana a su domicilio y que su hija [REDACTED], al igual que él, reciben tratamiento medicamentoso y controles médicos en forma gratuita, en el servicio de salud**

Sin perjuicio de lo cual nada de ello sería valorado a fin ponderar adecuadamente su situación migratoria.

Simplemente su vida familiar no puede ser revisada por arbitrio de la propia administración, quien de manera caprichosa y por demás inconstitucional, ha limitado de dispensa otorgada por el legislador a quienes "**hubieren cometido delitos menores a tres años**".

Es por ello que dicha modificación resulta por demás inconstitucional, tal como se ha manifestado oportunamente en la demanda y se sostiene ahora en esta instancia para el caso que VVEE considera que corresponde aplicar el la ley migratoria con las modificaciones introducidas por el cuestionado decreto.

En razón de lo expuesto solicito a VVEE se analice el presente caso bajo las previsiones establecidas por la ley 25871 en su redacción original.

II. b) El fallo no constituye una derivación razonada del derecho vigente en relación a los hechos acreditados. El derecho del [REDACTED] a que se analice la razonabilidad de su orden de expulsión.

Observen VV.EE. que en el fallo en crisis, el juez *a quo* se sustrae por completo de analizar la razonabilidad de la decisión administrativa impugnada, negándose a ingresar a su consideración en base a las probanzas producidas, las que pese a negar la apertura a prueba de



MARINA SALMAIN
DEFENSORA PÚBLICA COADYUVANTE

Ministerio Público de la Defensa
Defensoría General de la Nación

estos actuados –la cual fue debidamente recurrida pero rechazada por el *a quo*– han sido debidamente acreditadas y probadas en autos por medio de la prueba documental y declaraciones testimoniales apartadas.

Y me refiero a que mi mandante es un hombre de 37 años, a cargo de sus cinco hijas argentinas menores de edad, siendo él y una de las pequeñas portadores de HIV. Que es el único y exclusivo al sostén económico y afectivo de las niñas, ya que se madre se desvinculó de las mismas a muy temprana edad. Que sobre la progenitora pesa un orden de restricción por poseer dos causas en su contra, una de ellas por el delito de sustracción, retención u ocultamiento de menores en trámite ante el Tribunal Oral en lo Criminal Nº 1 del Departamento Judicial de Mercedes; y otra por estar implicada en la causa contra su pareja, caratulada “**[REDACTED]** y Otros s/ ABUSO SEXUAL”, en trámite ante la Unidad Funcional de Instrucción Nº 14 del Departamento Judicial de San Martín

Lo cierto es que el art. 89 de la Ley 25871 establece que la jurisdicción no se circunscribe solamente al control de legalidad y debido proceso sino también a la razonabilidad de las decisiones administrativas que decreten la expulsión de un extranjero.

El artículo 89 es claro y contundente. Limita a tres aspectos del prisma juzgador la revisión judicial necesaria del acto administrativo de expulsión. Y en esos tres aspectos no hay límite alguno. Al menos la ley no lo dice. Y dicho control judicial contempla, no sólo un control de la legalidad del acto, sino también del debido proceso y de razonabilidad del acto administrativo, lo que denota que el margen de revisión es amplio en esos tres aspectos.

En el caso de que la ley solo contemplase el vocablo “control de legalidad”, podría argüirse que la labor jurisdiccional sería limitada y meramente formal. Ahora bien, ese no es el caso, la ley es muy clara al sostener que también se debe controlar la razonabilidad del acto, esto es si la decisión de expulsar al Sr. **[REDACTED]** del país se condice con los objetivos de la ley de migraciones y con todo el ordenamiento normativo argentino y, si dicha medida de ultima ratio es proporcional con el hecho que motivó su expulsión.

Es decir, no puede solo analizarse el hecho motivador de la expulsión – en este caso una única condena– sino también la situación familiar de mi asistido, en particular que existen 5 niñas argentinas a su EXCLUSIVO cuidado y que una de las niñas, así como mi mandante padecen HIV.

Ahora bien, el juez *a quo* consideró de manera errónea que la autoridad migratoria ejerció su potestad de analizar la dispensa por reunificación familiar y la rechazó ponderando el monto de la pena impuesta al actor.

Al respecto, la Corte IDH ha sostenido que no es motivación suficiente para el acto administrativo la remisión a la existencia de antecedentes penales. En efecto, en el caso López Mendoza vs. Venezuela, en el que se discutía si la Administración había fundado adecuadamente el dictado de la inhabilitación del Sr. López Mendoza, la Corte IDH consideró que el organismo correspondiente “*debía responder y sustentar autónomamente sus decisiones, y no simplemente remitirse a las previas declaraciones de responsabilidad*” y declaró al Estado responsable de la violación del deber de motivación y derecho de defensa en los procedimientos administrativos,

USO OFICIAL



Ministerio Público de la Defensa
Defensoría General de la Nación

establecidos en art. 8.1 de la CADH (Corte IDH. Caso López Mendoza vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 1 de septiembre de 2011, párrafo 146).

En ese sentido, la mera remisión del juez *a quo* a la determinación de responsabilidad penal previa de mi mandante -la condena- no resulta fundamentación suficiente para el dictado de la orden de expulsión que se impugna en estas actuaciones.

Cabe destacar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha mantenido el criterio del test de escrutinio estricto para el análisis de constitucionalidad de aquellas normativas que discriminan a un determinado grupo de personas en virtud de su pertenencia a alguno de las llamadas "categorías sospechosas", y específicamente se ha referido al origen nacional como una de ellas.

Así, en el caso "Hooft, Pedro Cornelio Federico c/ Buenos Aires, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad" y luego también en "Gottschau, Evelyn Patrizia c/ Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/ amparo" la Corte ha sostenido que el origen nacional es una categoría sospechosa de discriminación y que, por lo tanto, aquellas normas que realicen distinciones en virtud de aquella no gozan de una presunción de constitucionalidad, sino que se presumen inconstitucionales, y que además se invierte para estos casos la carga de la prueba, siendo el Estado quien deberá probar que la norma en cuestión no es violatoria del principio de igualdad y no discriminación.

Además, la Corte manifiesta que para probar lo antedicho, el Estado deberá **realizar un test de escrutinio estricto, es decir, que deberá probar que los fines que se persiguen con la norma no son solo convenientes, sino sustanciales, que la discriminación realizada en la norma no solo es un medio adecuado para su consecución, sino que no existen otros medios menos lesivos que puede garantizar esos fines, y, finalmente, que efectivamente los garantizan** (cfr. considerandos nº 5 del voto principal del caso "Gottschau" y nº 6 del voto principal del caso "Hooft").

En el presente caso no se advierte cuál es el fin sustancial que se persigue con la expulsión de una persona que ha sido condenado a una única condena, que tiene a toda su familia en el país, y que asume de manera exclusiva la responsabilidad parental respecto de sus cinco hijas argentinas, una de ellas con HIV y que además se ha presentado en la Dirección Nacional de Migraciones intentando activamente estar a derecho y regularizar su situación migratoria. Por lo tanto, vemos que la razón fundante del trato distintivo apuntado radica meramente en la condición personal de mi representado -extranjero- y su país de nacimiento, es decir, sobre su propio ser y no sobre pautas objetivas que en el caso en concreto ameriten una distinción legítima.

Así, que la aplicación de la expulsión prevista en la Ley Nacional de Migraciones a mi asistido resulta inconstitucional. Ello en tanto no cumple con los requisitos objetivos establecidos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación para revertir la presunción de inconstitucionalidad que pesa sobre ella.

Al respecto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos tiene dicho que: "*si bien algunos Estados prevén expresamente en su legislación interna cuáles son los delitos que consideran "particularmente graves" (y con ello pretender justificar la deportación por la mera corroboración de la comisión de dicho delito), deben poder analizarse las circunstancias propias de cada caso concreto*



MARINA SALMAIN
DEFENSORA PÚBLICA COADJUVANTE

Ministerio Público de la Defensa
Defensoría General de la Nación

(...) en este sentido, no pueden extraerse parámetros prefijados para determinar la gravedad de los delitos y su correlación con la justificación de la deportación por cuanto existen antecedentes en los que, aún habiéndose probado la comisión de delitos que pueden considerarse "graves", como lo son los delitos contra la integridad sexual o el comercio o importación de estupefacientes, en ellos el Tribunal entendió que no estaba probada la necesidad apremiante del Estado para deportarlos" (Conf. TEDH, "Mehemi vs. Francia", Sentencia del 26 de septiembre de 1997, PÁRR. 37; Amrollahl vs. Dinamarca, supra nota 236, párr. 36; Khan A.W. vs. Reino Unido, supra nota 230, párr. 40).

En el caso en concreto, el delito de mi asistido no se encuentra tipificado como especialmente grave en la legislación migratoria argentina, y aun cuando así lo fuera, no sería suficiente para justificar su orden de expulsión sin más.

De acuerdo a los parámetros señalados, la medida aquí dispuesta no sólo resulta completamente excesiva y desproporcionada, sino que NO resulta necesaria para los fines establecidos por la propia Ley de Migraciones, los cuales deben responder a una necesidad social impostergable y en nada afectan a la seguridad y el orden nacional.

Dicha medida no puede ser arbitraria o fundada en criterios generales que no guardan ninguna relación con el caso concreto. Antes bien, una decisión de tanta gravedad como la expulsión de un migrante, debe encontrar sustento en hechos ciertos y objetivos que permitan inferir un peligro serio contra el cual se pretende preservar la comunidad.

Expuesto todo lo que antecede, y en línea con lo expuesto en el acápite anterior, solicito a V.E. que ordene dejar sin efecto la orden de expulsión dictada en contra de mi asistido, toda vez que DNM, luego conformado por el juez *a quo*, no efectuó el correspondiente test de razonabilidad, como condición necesaria para que la misma sea razonable y constitucional.

II. c) La errónea y arbitraria interpretación de la dispensa por reunificación familiar prevista en la ley 25.871.

Esta defensa alegó que la situación familiar del Sr. [REDACTED], le otorgaba el derecho a obtener una dispensa por reunificación familiar en los términos del art. 29 in fine de la ley 25.871.

En concreto, el hecho de ser padre de cinco niñas argentinas menores de edad, quienes está a su único y exclusivo cargo, y que la progenitora de las niñas se encuentra completamente desvinculada de las mimas y pesa sobre distintas condenas penales y restricciones. En consecuencia, la Administración se apartó de la ley al decretar su expulsión.

El Procurador Fiscal ante esa Corte Suprema de la Nación, Sr. Víctor Abramovich, sostuvo oportunamente que: "*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*" (Conf. Dictamen Fiscal de fecha 27/04/2016, en el marco de la causa caratulada "'Zhang, Peili c/ Dirección Nacional de Migraciones s/ amparo ley 16.986 (Expte. N° 81048271/2009)'").

En base a ello, es que, **de una correcta interpretación y aplicación de la normativa en cuestión, y habiéndose acreditado acabadamente su situación familiar –con toda la prueba aportada en autos– la situación de mi asistido, debía analizarse a la luz del art. 29 in fine de la Ley 25.87.**

USO OFICIAL



Ministerio Público de la Defensa
Defensoría General de la Nación

En este sentido, causa agravio a esta parte, la sentencia del *a quo* toda vez que ha realizado una errónea e irrazonable interpretación del derecho a la reunificación familiar, entendiendo que esa dispensa, es una facultad de la Dirección Nacional de Migraciones.

Así, el *a quo* no ponderó de manera concreta la vida familiar de mi asistido: en especial, y aún cuando parezca reiterativo, que es el único responsable de cinco niñas argentinas menores de edad.

Es por ello, que solicito a V.E. que analice su situación familiar a la luz del principio pro homine.

Resolver su expulsión, sin adentrarse en su vida familiar actual, equivale a confirmar una decisión de *ultima ratio*, sin realizar un mínimo control de razonabilidad. Así, se sobrevaloró la entidad del delito cometido, lo cual afecta de forma directa y arbitraria al derecho a la unidad familiar, reconocido en instrumentos jurídicos internacionales y regionales, tales como las Convenciones de Ginebra, los Pactos Internacionales de Derechos Humanos, la Convención sobre los Derechos del Niño, el Convenio Europeo de Derechos Humanos o la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea y las Directivas europeas, entre otros.

Al respecto, la Ley 25.871, en el art. 29 *in fine* sostiene que la DNM podrá admitir, excepcionalmente, por razones humanitarias o de reunificación familiar, la permanencia de extranjeros condenados penalmente en el territorio nacional.

Se observa que el Magistrado solo corroboró que la situación procesal de mi defendido encuadraba en los impedimentos de permanencia establecidos por la ley migratoria, y que ello habilitaba a la Dirección Nacional de Migraciones a declarar irregular la permanencia de mi asistido en el país y el posterior dictado de su orden de expulsión.

Si bien entendemos que el Sr. Juez no se encuentra obligado a tratar cada una de las argumentaciones vertidas por las partes, consideramos que ciertas cuestiones no pueden ser dejadas de lado y merecen especial atención, más aún en este tipo de procesos donde la persona extranjera pueda resultar expulsada del país, provocando consecuencias altamente negativas no solo para el, sino para todo el entorno familiar, situación que se agrava por afectar los derechos de cinco niñas argentinas menores de edad.

En ese sentido, cabe recordar que la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 17.1 enuncia: "La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado"; y el Art. 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, establece que "1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia... 2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques".

De la misma manera, la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH), en su artículo 8 consagra **el derecho a la vida familiar y personal** y establece que "Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar...".

Con respecto al concepto de familia, en el informe producido por el Centro de Estudios Legales y Sociales en el año 2005, relativo a la materia que nos ocupa, se considera que es preciso "... la identificación del "arraigo" de la persona abarca los distintos aspectos de su vida, lo que



MARINA SALMAZ
DEFENSORA PÚBLICA COADJUVANTE

Ministerio Público de la Defensa
Defensoría General de la Nación

implica sus relaciones familiares, sociales, educativas, laborales. Se trata, pues, de intereses jurídicos que deben considerarse particularmente en la ponderación de intereses. Por lo tanto, no pueden ser dejados de lado por la DNM al tomar una decisión tan grave como la expulsión del país".

En efecto, tales circunstancias no fueron consideradas oportunamente por la administración ni ahora por el juez de grado, limitándose únicamente a ejercer el control de legalidad del acto administrativo.

En función de ello, agravia a esta parte que la juez a quo no haya valorado los vínculos familiares invocados, simplemente por la mera razón de que mi mandante haya sido condenado en una causa penal.

En relación a ello y contrario a lo planteado por el a quo, la Sala I del Fuero ha sostenido que: *"la interpretación que propone la Dirección Nacional de Migraciones acerca del artículo 29 de la ley, sosteniendo que "la simple constatación de cualquiera de los impedimentos prescriptos en el art. 29 de la ley 25.871 es suficiente para rechazar la solicitud del beneficio de residencia de los extranjeros" (...) desprovista de mayores consideraciones, es inconsistente y no resulta apta para refutar adecuadamente la sentencia apelada dado que se funda en una exégesis desnaturalizadora de la norma que no armoniza con los principios diseñados por la ley migratoria, (...) Dicha postura prescinde de la posibilidad de otorgar la dispensa ministerial consagrada en la última parte de la norma, tornándola totalmente inoperante y, en definitiva, negando al extranjero un derecho que, aunque revista carácter excepcional, la propia ley reconoce"* (Conf. "Céspedes Cruz Raquel c/ ENM° Interior-Resol 715/11-DNM (Expte 808848/08) S/ Recurso Directo Para Juzgados" (Expte. 43.011/2011), sentencia del 01/09/2016).

Más recientemente, la Sala V de la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal sostuvo que *"(...) la Administración se limitó a ponderar el delito cometido y a sostener que el actor se hallaba cumpliendo una pena de prisión por homicidio, afirmando que los hechos esgrimidos en sede administrativa no tenían suficiente entidad para desvirtuar los impedimentos que pesaban sobre el accionante. Sin embargo, no valoró con una motivación suficiente los elementos probatorios acompañados por el actor en relación con los objetivos propuestos en los artículos 3° y 10° de la Ley N° 25.871 de Política Migratoria Argentina relativos a garantizar el ejercicio del derecho a la reunificación familiar..."* ("Páez Salinas, Román c/ EN-M Interior OP y V-DNM s/ Recurso Directo DNM", Expte. 21.309/2017, CNCAF, Sala V, 28/12/2017, el destacado es propio).

En consecuencia, la sola comisión de un delito no es suficiente para que la autoridad migratoria dicte la expulsión de una persona migrante, como ha acontecido en el presente caso, sin valorar las circunstancias fácticas personales de mi asistido y su núcleo familiar conformado en Argentina.

Ello es así, por cuanto del espíritu de nuestra Ley 25.871, así como de los tratados internacionales con jerarquía constitucional antes mencionados, surge evidente que la expulsión de una persona de un país donde residen sus familiares cercanos puede fácilmente suponer una violación al derecho a la vida familiar.

USO OFICIAL



Ministerio Público de la Defensa
Defensoría General de la Nación

Por ello, y aun cuando se pueda disentir sobre la legalidad y legitimidad de la medida aquí dispuesta, -la expulsión- lo cierto es que no resulta necesaria sino por el contario, se presenta como una medida completamente excesiva y desproporcionada con el fin procurado.

En el sentido señalado, se ha afirmado que cuando la prohibición de ingreso o de permanencia –como la aquí dispuesta- afectan algún derecho fundamental, estas medidas deben ser no sólo dispuestas sobre la base de la ley y perseguir una finalidad legítima, sino que deben ser además, necesarias para responder a una necesidad social impostergable y fundamental, y deben ser proporcionadas al fin que se sustenta.

Por lo demás, conteste con esta postura, el TEDH ha manifestado que “no basta que las restricciones se utilicen para conseguir fines permisibles; debe ser necesarias para también protegerlos. Las medidas restrictivas deben ajustarse al principio de proporcionalidad deben ser adecuadas para desempeñar su función protectora, deben ser el instrumento menos perturbador de los que permitan conseguir el resultado deseado y deben guardar proporción con el interés que debe protegerse” (TEDH, 18/12/91 Moustaqinm v. Bélgica).

Este juicio de proporcionalidad, y la correcta valoración sobre el instituto de reunificación familiar es lo que tanto la administración como la jueza a quo en el caso han omitido realizar, en especial cuando la expulsión adoptada en el presente caso ha sido una medida por demás desproporcionada, excesiva, irracional e inconstitucional.

En suma, por los argumentos expuestos, consideramos que el Sr. Juez a quo ha efectuado una errónea e irrazonable aplicación de la norma que dispuso la expulsión, pues no tuvo en cuenta los intereses comprometidos en el caso, y no analizó de manera concreta la vida familiar de mi asistido sobrevalorando la entidad del delito cometido por sobre su derecho a la reunificación familiar.

En ese sentido, la incorporación del Art. 75 inc. 22 en la reforma de la Constitución Nacional del año 1994, ha sentado las bases del llamado principio *pro homine* en el sentido que el derecho debe, en todo momento, tener como meta la preservación de los derechos humanos, lo que justifica la propia existencia del estado y del poder llamado comúnmente exorbitante que se le reconoce en el derecho administrativo.

II. d) La ausencia de tratamiento del juez a quo de la dispensa por Razones Humanitarias

Asimismo, quisiera destacar a VVEE que el juez a quo no ha dado tratamiento a uno de los argumentos centrales planteados por esta defensa, incurriendo así en una supuesto de sentencia arbitraria, toda vez que no ha sido resuelta en base a las constancias de la causa que ha sido sometida a conocimiento del tribunal.

En efecto, la doctrina de VVEE. incorpora dentro de las llamadas “sentencias arbitrarias” aquellas que se basan en fundamentación aparente, al omitir resolver cuestiones planteadas por la defensa que era esenciales para dirimir el pleito y **por haberse apartado inequívocamente de las constancias de la causa** (Fallos: 261:297; 274:436; 275:68; 297:332; 303:757; 306:178 y 950; 319:215 y 1377; 320:2198; 324:1119. El resaltado me pertenece).

En el caso de autos, esta defensa alegó en el escrito de inicio que resulta aplicable al caso en ciernes la dispensa prevista por el art. 29 de la Ley 25.871 por razones



MARINA SALMAI
DEFENSORA PÚBLICA COADJUVANTE

Ministerio Público de la Defensa
Defensoría General de la Nación

humanitarias, a la luz del estado de salud de mi asistido, y su pequeña hija argentina, ambos portadores de HIV.

En efecto, resulta claro que dicha situación representa un argumento por demás demostrativo de la configuración, en la especie, de las razones humanitarias esgrimidas por el propio legislador a efectos de otorgar una dispensa en casos como el que nos ocupa.

En este sentido, la Organización Mundial de la Salud define a la salud como *el estado de absoluto bienestar físico, mental y social sin distinción de religiones, credos políticos o clases sociales. Todo hombre tiene derecho a conservar su salud y en caso de que se enferme, a poseer los medios para curarse.* Así, es jurisprudencia pacífica que el derecho a la salud se encuentra íntimamente relacionado con el derecho a la vida, primer derecho de la persona humana reconocido y garantizado por la Constitución Nacional. Tal como afirmó la C.S.J.N., *"El hombre es el eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo-más allá de su naturaleza trascendente- su persona es inviolable y constituye un valor fundamental, con respecto al cual, los restantes valores tienen siempre carácter instrumental"* (Fallos: 323:3229).

Por otra parte la CIDH ha reiterado que el derecho a la vida es un derecho humano fundamental cuyo goce pleno constituye una condición para el ejercicio de todos los derechos. En este sentido, reciente jurisprudencia de la Corte IDH -caso "Poblete Vilches y otros Vs. Chile"- ha establecido que *el derecho a la salud es un derecho autónomo protegido por el artículo 26 de la Convención Americana*. La responsabilidad estatal surge cuando un órgano o funcionario del Estado o de una institución afecte indebidamente, por acción u omisión algunos de los bienes jurídicos protegidos por la Convención Americana.

Sin embargo, el juez a quo omitió por completo mencionar en su sentencia esta situación y mucho menos analizarla. La situación de salud de mi mandante y su familia es simplemente inexistente en la sentencia atacada.

Por lo demás, y en función de la situación antes expuesta, corresponde que la interpretación del precepto señalado -art. 29 último párrafo de la ley de Migraciones- sea efectuada a la luz del principio *pro homine* que informa todo el sistema de derechos humanos.

En efecto, *"El principio pro homine es un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria. Este principio coincide con el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, estar siempre a favor del hombre"*¹.

Y, como corolario natural de dicha concepción, se entiende que *"...el principio pro homine impone que, en caso de duda, se decida siempre en el sentido más garantizador del derecho de que se trate..."*².

¹ Conf. Pinto, Mónica, "El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos", en "La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales", Bs. As., 1997, Ed. del Puerto, pág. 163.



Ministerio Público de la Defensa
Defensoría General de la Nación

Al respecto, no puede pasarse por alto la interpretación y aplicación que del principio enunciado ha hecho nuestro tribunal cimero. En efecto, cabe traer a colación aquí el razonamiento esgrimido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación al resolver un caso en el que dos criterios contrapuestos en la aplicación de la ley llevaban, uno, a la concesión de un beneficio a un imputado, y el otro, restrictivo, a la denegatoria de dicha concesión.

Así, la Corte Suprema indicó que: “... para determinar la validez de una interpretación, debe tenerse en cuenta que la primera fuente de exégesis de la ley es su letra (Fallos: 304:1820; 314:1849), a la que no se le debe dar un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, sino el que las concilie y conduzca a una integral armonización de sus preceptos (Fallos: 313:1149; 327:769)... Pero la observancia de estas reglas generales no agota la tarea de interpretación de las normas penales, puesto que el principio de legalidad (art. 18 de la Constitución Nacional) exige priorizar una exégesis restrictiva dentro del límite semántico del texto legal, en consonancia con el principio político criminal que caracteriza al derecho penal como la ultima ratio del ordenamiento jurídico, y con **el principio pro homine que impone privilegiar la interpretación legal que más derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal...**” (Fallos: 331:858; el resaltado no pertenece al original).

Ya con anterioridad, la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación había hecho aplicación de este principio de interpretación, al afirmar que “... el decidido impulso hacia la progresividad en la plena efectividad de los derechos humanos, propia de los tratados internacionales de la materia, sumado al principio pro homine, connatural con estos documentos, determinan que el intérprete deba escoger dentro de lo que la norma posibilita, el resultado que proteja en mayor medida a la persona humana. Y esta pauta se impone aun con mayor intensidad, cuando su aplicación no entrañe colisión alguna del derecho humano así interpretado, con otros valores, principios, atribuciones o derechos constitucionales...” (Fallos: 330: 1989).

Cabe considerar, en este punto, de qué manera debe enraizarse el principio que estamos exponiendo con el tema objeto del presente recurso, esto es, con el derecho de mi defendida a permanecer en el territorio nacional y consolidar legalmente su situación migratoria en el país.

Por todo lo hasta aquí expuesto, la situación de salud de mi mandante y su pequeña hija, constituye una razón más que concluyente a efectos de encuadrar su situación en las razones humanitarias a las que se alude en la Ley Nacional de Migraciones.

II. e) Ausencia de test de razonabilidad

Considerando lo expuesto, corresponde realizar en el presente caso el clásico test de razonabilidad –el cual el juez de grado ha omitido realizar– respecto de una medida de expulsión, pues ésta afecta el derecho de reunificación familiar.

En el caso que nos ocupa, el juez *a quo* no ha valorado que mi asistido ingresó al país en el año 1981 cuando era un niño de tan solo 3 años de edad, tiempo durante el cual no solo genero vínculos familiares, sino que también que ha generado afectos más allá de su familia.

² Conf. Zaffaroni, Eugenio Raúl; Plagia, Alejandro y Slokar, Alejandro, “Manual de Derecho Penal – Parte General”, Ediar, Bs. As., 2005, págs. 115/116.



MARINA SALMAIN
DEFENSORA PÚBLICA COADYUVANTE

Ministerio Público de la Defensa
Defensoría General de la Nación

Mi asistido tiene la mayor parte de su vida residiendo en la Argentina. Aquí se encuentran su madre (██████████) y sus tres hermanos (██████████, ██████████ y ██████████). Aquí nacieron sus cinco hijas (██████████, nacida el 27/09/2004; ██████████, nacida el 01/04/2006; ██████████, nacida el 01/10/2003; ██████████, nacida el 21/10/2008; y ██████████, nacida el 02/06/2010); todas ellas argentinas y escolarizadas, concurriendo a la Escuela N° 15.

En la demanda se destacó que tanto mi asistido, como la niña ██████████ son portadores de HIV, razón por la cual se encuentran realizando el tratamiento brindado por el Hospital Público "Luciano y Mariano de la Vega", del Partido de Moreno, Prov. Bs. As.

También se hizo saber que el Sr. ██████████ es único responsable parental de las pequeñas ya que sobre la progenitora pesa un orden de restricción por poseer dos causas en su contra, una de ellas por el delito de sustracción, retención u ocultamiento de menores en trámite ante el Tribunal Oral en lo Criminal N° 1 del Departamento Judicial de Mercedes; y otra por estar implicada en la causa contra su pareja, caratulada "██████████ y Otros s/ ABUSO SEXUAL", en trámite ante la Unidad Funcional de Instrucción N° 14 del Departamento Judicial de San Martín.

Además se hizo especial hincapié que a raíz de que mi defendido no posee documentación argentina, sus cinco hijas se encuentran bajo la guarda de su abuela paterna, tal como consta en la causa "██████████ c/ ██████████ S/ Guarda de Familiares", que tramita en el Juzgado de Familia N° 2 del Departamento Judicial de Moreno, Gral. Rodríguez.

Por último, en el escrito de inicio se acompañó informe social elaborado por el "Programa de atención a las problemáticas sociales y relaciones con la comunidad" de la Defensoría General de La Nación.

Destáquese que en ocasión de cumplir con la acordada 7/94 se acompañó documentación personal de la totalidad de los familiares de mi asistido, tanto DNI como partidas de nacimiento, copia del citado informe social, informe escolar de la Escuela Primaria n° 15 "Antártida Argentina" en relación a la hija de mi asistido ██████████, como así también declaración testimonial de mi defendido en la causa "██████████ y otros s/ Abuso Sexual", y citación de testigos ordenada por el Juzgado interviniente en la causa "██████████ s/ sustracción, retención y ocultamiento de menores de 10 años", de fecha 25/09/2017. Asimismo se amplió ofrecimiento de prueba, y se acompañaron las declaraciones testimoniales tomadas en esta dependencia a los Sres. ██████████ y ██████████, donde ambos hicieron referencia a la historia y la situación familiar del Sr. ██████████, destacando fundamentalmente como de concretarse la orden de expulsión las principales afectadas serían sus hijas.

Debo hacer notar que nada de ello fue valorado por el Sr. Juez. Esta parte se agravia por cuanto al disponer la orden de expulsión de ██████████ la D.N.M. y luego el juez a quo al confirmarla, ha obviado toda consideración tanto de las disposiciones mencionadas como de los alcances disvaliosos que la separación familiar tendrá para el desarrollo de las niñas involucradas.

USO OFICIAL



Ministerio Público de la Defensa
Defensoría General de la Nación

Peor aún, en sus análisis ritualistas, la autoridad administrativa ni el sentenciante, han atendido en momento alguno que la restricción de reingreso romperá *para siempre* el vínculo directo entre las niñas y su padre o, con idéntica gravedad, impondrá *forzadamente* que las niñas argentinas hagan abandono del país para acompañar a su progenitor.

Por ello, vale traer a colación el célebre Informe No. 81/10 de la CIDH donde se destacó que debe tomarse en consideración el mejor interés del niño durante los procedimientos de expulsión de los padres. Así, el órgano de la OEA hizo hincapié en el artículo VII de la Declaración Americana respecto de que "todo niño, tiene derecho a protección, cuidados y ayuda especiales", razón por la cual, los NNA, en el contexto de los procedimientos legales que puedan impactar sobre el derecho a una vida familiar, se requiere esta "protección especial" y que presten la debida consideración al mejor interés del niño.³

Por su parte, la Corte IDH precisó que una expulsión puede tener efectos perjudiciales sobre la vida, bienestar y desarrollo del niño, y el interés superior debe ser una consideración primordial. De este modo, se impone al Estado la obligación de realizar una estricta ponderación entre la protección de la unidad familiar y los intereses estatales legítimos, correspondiendo determinar en el contexto de cada caso concreto, que la expulsión de uno ambos progenitores, no conlleve una injerencia abusiva o arbitraria en la vida familiar de la niña o del niño- .

Asimismo no puedo dejar de mencionar que en el considerando XIII el Magistrado expresa que la aplicación de la dispensa por reunificación familiar es una facultad discrecional de la autoridad migratoria, y toda vez que mi asistido fue condenado sede penal, no puede considerarse que el acto cuestionado sea irrazonable.

Es decir, la decisión administrativa se circunscribe únicamente a la condena impuesta por el Tribunal Oral de Mercedes, dejando de lado el análisis de las circunstancias personales de mi asistido.

Nótese que esta defensa hizo un planteó central en la demanda de inicio haciendo especial mención a dos cuestiones puntuales. En primer término, que tanto mi asistido como una de sus hijas padecen de HIV, motivo por el cual se solicitaba se evalúe la posibilidad de aplicar la dispensa por razones humanitarias, con el objeto de garantizar y resguarda la salud y la integridad física de la menor, y por otro lado, que [REDACTED] es el único sostén económico y afectivo de sus hijas, puesto que su ex pareja, se encuentra involucrada en procesos penales donde las víctimas fueron las menores.

Por esto resulta llamativo que el Magistrado se limite sólo a observar el control de legalidad de la orden de expulsión, sin analizar la razonabilidad del acto, cuando es evidente que en el presente hay circunstancias que merecen consideradas.

Es por ello que, previo al dictado de sentencia solicito a VVEE. tengan en cuenta y proteja el interés superior del niño – en el caso 5 niñas - y sus derechos a no ser separadas de su padre, y de crecer en el país donde tienen forjada su vida.

³ CIDH, Informe No. 81/10, Caso 12562, Wayne Smith, Hugo Amendariz y otros (Estados Unidos), 12 de julio de 2010, párr. 55.



Ministerio Público de la Defensa
Defensoría General de la Nación

MARINA SALMAIN
DEFENSORA PÚBLICA COADYUVANTE

Expuesto todo lo que antecede, solicito a VV.EE. ordene dejar sin efecto la sentencia cuestionada y la orden de expulsión dictada en contra de mi asistido, toda vez que no se efectuó el correspondiente test de razonabilidad, como condición necesaria para que las misma sea razonable y constitucional.

f) Inconstitucionalidad de la decisión por afectar el interés superior del niño.

Finalmente, se agravia esta parte por cuanto la sentencia en crisis ha omitido hacer referencia alguna al dictamen emitido por el Defensor de Menores, quien actuó en representación de las niñas involucradas en el proceso, quienes a todas luces serían perjudicadas seriamente de confirmarse la presente medida, pues implica nada menos que quedar huérfanas de madre y padre.

En este sentido, toda institución estatal ha de aplicar el principio del "interés superior del niño" estudiando sistemáticamente cómo los derechos y los intereses del niño se ven afectados por las decisiones y las medidas que adopten.

Cada una de las autoridades que deba intervenir deberá estudiar, cómo los derechos y los intereses de las hijas del requerido pueden verse afectados, recurriendo a los mecanismos que brinda el ordenamiento jurídico argentino para reducir, al máximo posible, el impacto negativo que, sobre la integridad de los niños pudiera recaer.

Me pregunto, acaso alguna de las autoridades intervinientes ha valorado quien se hará cargo de la manutención económica de las niñas. Quién será el sostén afectivo y emocional de las mismas. Ha sido mínimamente analizado y/o valorado el impacto psicológico que tendría sobre las niñas, así como el impacto *altamente desestabilizante a nivel individual como familiar*.

Ellos, entre varios interrogantes que aún resultan irresueltos.

En este sentido, falló la sala V en los autos "FRANCO, ANTONIO JOSE c/ EN-M INTERIOR OP Y V-DNM s/RECURSO DIRECTO" (expte 29572/2018), sentencia del 23/04/2019:

"Que, por otra parte, las situaciones como las de autos no pueden ser asimiladas a las resueltas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en las causas "Lagos Quispe" (Fallos 331:152) y "Vanessa López" (c. nro. L.189.XLIII, del 28 de mayo de 2008), tal como suele ser invocado por la parte demandada, porque ambos eran procesos de extradición tramitados en virtud de un requerimiento de las autoridades de un Estado extranjero, de conformidad con los convenios internacionales bilaterales aprobados por las leyes 25.304 y 26.082. Además, en ambos pronunciamientos, la Corte Suprema expresó que se había realizado algún tipo de consideración respecto del interés superior de los niños involucrados; y, en la última de esas causas, recordó que "que no sólo los órganos judiciales sino toda institución estatal ha de aplicar el principio del "interés superior del niño" estudiando sistemáticamente cómo los derechos y los intereses del niño se ven afectados por las decisiones y las medidas que adopten (causa G. 617. XLIII; RHE AG., M.G. s/protección de persona -causa N° 73.154/05-", Fallos: 331:2047)". También que, "cada una de las autoridades a las que compete intervenir en lo que resta del procedimiento de extradición, en las sucesivas decisiones y medidas que adopte, deberá estudiar, en la oportunidad y bajo la modalidad que mejor se ajuste a las particularidades del caso y en forma sistemática, cómo los derechos y los

USO OFICIAL



Ministerio Público de la Defensa
Defensoría General de la Nación

intereses de las hijas de la requerida pueden verse afectados, recurriendo a los mecanismos que brinda el ordenamiento jurídico argentino para reducir, al máximo posible, el impacto negativo que, sobre la integridad de la/s menor/es pudiera, a todo evento, generar la concesión de la extradición de su progenitora (en la causa P.773.XLIV "Paz, Roxana Marisa s/ extradición", considerando 12, resuelta el 9 de diciembre de 2009 y S.780.XLIV "Schmidt, Guillermo Javier s/ arresto preventivo con fines de extradición", considerando 6°, del 22 de diciembre de 2009)" (cfr. considerandos 8° y 9°).

XII.- Que, en tales condiciones, toda vez la Dirección Nacional de Migraciones no analizó de manera concreta y circunstanciada la situación migratoria del demandante, y no motivó adecuadamente el acto administrativo por medio del cual denegó el beneficio solicitado por el señor Antonio José Franco, se declaró irregular su permanencia en el país, y ordenó su expulsión del territorio nacional, corresponde hacer lugar al recurso judicial interpuesto a fs. 2/14vta., revocar la Disposición nro. 218.322, del 10 de noviembre 2016, y su confirmatoria nro. 69.224 del 17 de abril de 2018, de la Dirección Nacional de Migraciones, y remitir las actuaciones a la Dirección Nacional de Migraciones para que evalúe nuevamente la situación migratoria del accionante, teniendo en especial consideración el vínculo familiar con su pareja e hijos menores de edad, a la luz del derecho a la reunificación familiar y el interés superior de los niños involucrados, de conformidad con los términos del presente fallo - acuyo efecto podrá requerirse su participación"

Del mismo modo, en otro precedente, resolvió declarar la nulidad de las disposiciones, toda vez que la Dirección Nacional de Migraciones no analizó de manera concreta y circunstanciada la situación del demandante, con especial referencia y atención al principio del "interés superior del niño" y el de reunificación familiar, expresamente receptado por la legislación argentina.

Así, sostuvo: "IX. Que, en el caso, no es posible soslayar que el delito cometido por el recurrente es reciente, y de una gravedad que lo diferencia de otros casos en los que se podría insinuar que la medida dispuesta por la Dirección Nacional de Migraciones fuera excesiva o desproporcionada. Sin embargo, y tal como fue señalado por señor Fiscal General ante esta Alzada a fs. 228/230, la controversia planteada debe ser examinada teniendo especialmente en cuenta el derecho a la reunificación invocado.

En tal sentido, la Dirección Nacional de Migraciones no se expidió sobre el grado de afectación y vulnerabilidad que la medida puede provocar en los hijos de su pareja que, según sostiene, están a su cargo(...)

Tampoco se tuvo en cuenta que su madre vive en el país y cuenta con una residencia permanente (fs. 161), pese a que el artículo 10 de la ley 25.871 se 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". Ello, con el objeto de analizar si la permanencia del demandante en el país constituye una amenaza para la seguridad pública nacional, la defensa del orden, la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás (CIDH, INFORME No. 81/10 "Wayne Smith, Hugo Armendariz, Y Otros, - Estados Unidos", 12 de julio de 2010; CEDH "Nasri v. France", sentencia del 3 de julio de 1995).



MARINA SALMAIN
DEFENSORA PÚBLICA COADYUVANTE

Ministerio Público de la Defensa
Defensoría General de la Nación

X.- Que, en tales condiciones, toda vez que la Dirección Nacional de Migraciones no analizó de manera concreta y circunstanciada la situación del demandante, con especial referencia y atención al principio del "interés superior del niño" y el de reunificación familiar, expresamente receptado por la legislación argentina, de conformidad con lo expuesto en el considerando IX, corresponde hacer lugar al recurso judicial interpuesto a fs. 2/14vta., revocar la Disposición nro. 170.720 del 30 de agosto de 2016, y su confirmatoria nro. 189.730 del 26 de septiembre de 2017, y remitir las actuaciones a la Dirección Nacional de Migraciones para que evalúe nuevamente la situación del accionante. (Expte Nro. 72924 / 2017 FROMETA ULLOA, MARCO DOROTEO c/ EN-M INTERIOR OP Y V-DNM s/RECURSO DIRECTO DNM, sentencia del 7/05/2019)

En este sentido, debemos recordar que la Convención de los Derechos del Niño, en su art. 12, establece, como principio general y base para su aplicación, el derecho del niño a ser escuchado y, en consecuencia, el deber del Estado de recepcionar esa escucha en todo procedimiento judicial o administrativo que lo afecte, a través de un órgano apropiado.

Por su parte, el Comité de Derechos del Niño, ha destacado, que el interés superior del niño es un concepto triple que comprende: "a) Un derecho sustantivo: el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general (...), b) Un principio jurídico interpretativo fundamental: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. Los derechos consagrados en la Convención y sus Protocolos facultativos establecen el marco interpretativo; y c) Una norma de procedimiento: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales. Además, la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho. En este sentido, los Estados partes deberán explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión, es decir, qué se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos (Comité de Derechos del Niño, Observación General N° 14, 2013, párr. 6, el destacado me pertenece).

El citado órgano agregó que "[l]a consideración del interés superior del niño como algo 'primordial' requiere tomar conciencia de la importancia que deben tener sus intereses en todas las medidas y tener la voluntad de dar prioridad a esos intereses en todas las circunstancias, pero sobre todo cuando las medidas tengan efectos indiscutibles en los niños de que se trate" (Ídem, párr. 40, el destacado me pertenece).

Finalmente, advirtió en un clarificador párrafo que "[a] fin de demostrar que se ha respetado el derecho del niño a que su interés superior se evalúe y constituya una consideración

USO OFICIAL



Ministerio Público de la Defensa
Defensoría General de la Nación

primordial, cualquier decisión sobre el niño o los niños debe estar motivada, justificada y explicada. En la motivación se debe señalar explícitamente todas las circunstancias de hecho referentes al niño, los elementos que se han considerado pertinentes para la evaluación de su interés superior, el contenido de los elementos en ese caso en concreto y la manera en que se han ponderado para determinar el interés superior del niño (...) Si, excepcionalmente, la solución elegida no atiende al interés superior del niño, se deben indicar los motivos a los que obedece para demostrar que el interés superior del niño fue una consideración primordial, a pesar del resultado. No basta con afirmar en términos generales, que hubo otras consideraciones que prevalecieron frente al interés superior del niño; se deben detallar de forma explícita todas las consideraciones relacionadas con el caso en cuestión y se deben explicar los motivos por los que tuvieron más peso en ese caso en particular. En la fundamentación también se debe explicar, de forma verosímil, el motivo por el que el interés superior del niño no era suficientemente importante como para imponerse a otras consideraciones" (Ídem, párr. 25 97).

En la resolución que se recurre, el a quo, no ha dado cumplimiento a lo manifestado por el Comité. Por los motivos expuestos, considero que, al no efectuar valoración alguna respecto de las niñas, y cómo la posible expulsión de su padre afectaría su vida familiar, provoca la nulidad de la sentencia recurrida.

Por su parte, la ley nacional 26.061 establece —como garantía mínima en cualquier procedimiento judicial o administrativo en el que se lleven a cabo actos que afecten a los niños, niñas y adolescentes— la obligación estatal de tomar en cuenta la opinión del niño al momento de arribar a una decisión que lo afecte (art. 27).

En consonancia con ello, las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, sostienen que: "se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico" (art. 3), y respecto de la asistencia jurídica expresan que "se destaca la conveniencia de promover la política pública destinada a garantizar la asistencia técnico-jurídica de la persona vulnerable para la defensa de sus derechos en todos los órdenes jurisdiccionales" (art. 29), y resaltan "la necesidad de garantizar una asistencia técnico-jurídica de calidad y especializada" (art. 30).

A nivel doctrinario, se ha destacado, que **el derecho a ser oído de un niño en todo evento que los atañea, constituye un deber para los operadores jurídicos en lugar de una facultad**, puesto que se vincula con el ejercicio del derecho de defensa (Cf. Minyersky, Nelly y Herrera, Marisa, "Autonomía, capacidad y participación a la luz de la ley 26.061", en García Méndez, Emilio (comp.), Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, 2º edición, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2009, pág. 63 y 64). Al respecto, el Comité de los Derechos del Niño, ha manifestado que: "las opiniones expresadas por niños pueden aportar perspectivas y experiencias útiles, por lo que deben tomarse en consideración al adoptar decisiones, formular políticas y preparar leyes y medidas (...) El artículo 12 [de la Convención sobre los Derechos del Niño] estipula que no



MARINA SALMAY
DEFENSORA PÚBLICA CONJUVANTE

Ministerio Público de la Defensa *Defensoría General de la Nación*

basta con escuchar al niño; las opiniones del niño tienen que tomarse en consideración seriamente a partir de que el niño sea capaz de formarse un juicio propio" (Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 12 (2009), El derecho del niño a ser escuchado, 20 de julio de 2009, párrs. 12 y 28).

Cabe poner de resalto que, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, entiende al derecho al debido proceso legal como: "el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efectos de que las personas puedan defenderse adecuadamente de cualquier acto emanado del estado que pueda afectar sus derechos." (Caso Claude Reyes y otros vs. Chile, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006, Serie C N° 151, párrs. 108 y 116), lo cual encuentra asidero en lo normado por el art. 18 de la Constitución Nacional.

A su vez, a partir de 1994, este principio, se vio reforzado con la incorporación a la Constitución de los Tratados Internacionales, que reconocen el derecho de todas las personas a obtener, en condiciones igualitarias, un rápido y amplio acceso a un tribunal de justicia de carácter imparcial e independiente (arts. 8 y 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 14 del Pacto Internacional de Derechos civiles y Políticos, arts. 8 y 25 de la CADH). De allí que podamos establecer que, el acceso a la justicia, constituye el conjunto de condiciones por las cuales un sujeto de derecho lleva ante un órgano, previamente investido de la potestad jurisdiccional, un conflicto, a fin de obtener una resolución racional, que sea debidamente escuchado y pueda defender sus derechos que se encuentran comprometidos, con el fin de arribar a un decisorio que debe resultar motivado en la legítima comprobación de los hechos y acorde a las normas aplicables al caso en concreto.

En este sentido, el artículo 8 de la CADH, establece el conjunto de recaudos que deben observarse en las instancias procesales, a efectos de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier acto emanado del estado que pueda afectar sus derechos (Cf. Corte IDH, Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74, párr. 102 y Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71, párr. 69). Todos los órganos que ejerzan funciones de naturaleza materialmente jurisdiccional, tienen el deber de adoptar decisiones basadas en el respeto pleno a las garantías del debido proceso establecidas en el artículo 8 de la Convención (ídem, párrs. 104 y 71, respectivamente).

Asimismo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha destacado en su jurisprudencia, que las garantías del debido proceso legal -reconocidas por el artículo 8.1 de la Convención Americana- se aplican en la determinación de derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter, lo cual revela que el debido proceso incide sobre todos estos órdenes y no sólo sobre el penal (Cf. Corte IDH, Caso Ivcher Bronstein vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74, párr. 103 y Caso del Tribunal Constitucional vs Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de septiembre de 1999. Serie C No. 71, 26 párr. 70).

Lo expuesto, cobra especial relevancia, cuando se encuentran involucrados de manera directa o indirecta los derechos de niñas, niños y adolescentes, debido a su especial



Ministerio Público de la Defensa
Defensoría General de la Nación

condición y a la vulnerabilidad propia de su edad y de la dependencia que tiene con su progenitor, directamente afectado por la resolución adoptada.

En el caso que nos ocupa, la expulsión del Sr. [REDACTED], traería aparejado el desmembramiento de su grupo familiar. Afectaría directamente a sus 5 hijas argentinas menores de edad.

Resulta innegable, que el resultado de la presente contienda, tendría claras y concretas consecuencias en la vida del niño, motivo por el cual, corresponde que se los involucre en el proceso, se los escuche, y se tenga en especial consideración su interés superior.

En tal dirección, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso “*Familia Pacheco Tineo*” ha puesto de manifiesto que: “[e]l Estado está obligado no sólo a disponer y ejecutar directamente medidas de protección de los niños, sino también de 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” (Corte IDH, Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Serie C No. 272, párr. 226).

En particular, en casos de expulsiones de migrantes, como sostuvo la Corte IDH, “para evaluar los intereses en conflicto [en el presente caso], es preciso tener en cuenta que una expulsión puede tener efectos perjudiciales sobre la vida, bienestar y desarrollo de la niña, por lo que **el interés superior debe ser una consideración primordial**. De este modo, dado que en abstracto la expulsión de uno o ambos progenitores [o familiares] prácticamente en ninguna circunstancia redundaría en el interés superior de la niña o del niño sino que lo afectaría, se impone al correspondiente Estado la obligación de realizar una adecuada y rigurosa o estricta ponderación entre la protección de la unidad familiar y los intereses estatales legítimos, correspondiendo determinar, en el contexto de cada caso concreto, que la expulsión de uno o ambos progenitores, no conlleve una injerencia abusiva o arbitraria en la vida familiar de la niña o del niño” (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, 17 párr. 278, el destacado me pertenece).

Asimismo, la Comisión IDH, en su Informe “*Movilidad humana, Estándares Interamericanos*” sostuvo que: “todo proceso migratorio en el que se encuentre inmerso un niño migrante o alguno de sus padres, debe ser orientado a la **salvaguarda del principio del interés superior del niño y del principio de unidad familiar**, en el entendido de que la decisión que se adopte nunca debe revestir un carácter sancionatorio y **contando, durante todo el procedimiento, con la asistencia de defensores especializados en asuntos de protección a la niñez.**” (pár. 299 *in fine*, el destacado me pertenece).

Por lo tanto, es dable colegir que los niños o adolescentes se encuentran insertos dentro de un grupo vulnerable, el cual debe ser objeto de especial protección por parte de los operadores del derecho.



MARINA SALMÁN
DEFENSORA PÚBLICA COADJUVANTE

Ministerio Público de la Defensa
Defensoría General de la Nación

Por todos los fundamentos expuestos, solicito que se revoque la decisión del juez de primera instancia aquí cuestionada por violatoria del interés superior del niño.

II. g) Inconstitucionalidad de los arts. 69 nonies y 70 de la ley 25.871 modificada por el DNU 70/2017

Por último, en virtud de lo referido en el considerando XIV donde el juez expresa: *"Finalmente, teniendo en cuenta la forma en que se decide, corresponde aclarar que una vez que se encuentre firme y consentido el presente decisorio, la Dirección Nacional de Migraciones podrá concretar la retención del extranjero, en los términos de lo establecido en el artículo 69, septies, sexto párrafo, y 70, de la Ley 25.871. "Disponer la retención del extranjero mencionado, en los términos y a los fines previstos en los artículos 69 octies y 70 de la ley 25.871 (texto según decreto PEN 70/2017) - respectivamente-, para el momento de quedar firme o ejecutoriada la presente.-"*

Fundo la inconstitucionalidad en que el DNU 70/2017 amplió los plazos de vigencia de una retención (detención) por razones migratorias. Más allá de lo ya señalado sobre cómo puede operar la retención en el procedimiento especial migratorio sumarísimo, en este apartado nos concentraremos en establecer las diferencias entre la regulación original de la ley 25.871, el decreto reglamentario 616/2010 y el Decreto 70/2017.

Como se puede advertir de la lectura de la redacción del artículo 70 en los diferentes instrumentos normativos, surgen diferencias significativas que deben tenerse en cuenta al momento de analizar la inconstitucionalidad planteada.

En primer lugar, con relación al plazo para establecer la retención en el marco de procedimientos migratorios de expulsión, la redacción original de la ley 25.871 estableció como criterio general que: *"En todos los casos el tiempo de retención no podrá exceder el estrictamente indispensable para hacer efectiva la expulsión del extranjero"*.

El decreto reglamentario de la ley de migraciones 616/2010 precisó que el plazo de la retención para casos de órdenes de expulsión firmes y consentidas es de "hasta quince (15) días corridos". Y agregó que *"Cuando el cumplimiento de la orden de expulsión se demore por circunstancias ajenas a la autoridad migratoria y en virtud de las particulares condiciones del caso no resulte posible disponer la libertad provisoria del extranjero, podrá requerirse a la autoridad judicial que prolongue la retención por un plazo adicional máximo de hasta treinta (30) días corridos. En tal caso, la autoridad migratoria deberá presentar cada diez (10) días un informe al órgano judicial competente detallando todas las gestiones realizadas para concretar la expulsión y las razones que justifican la subsistencia de la medida en el caso concreto"*.

Es decir, la duración de la retención por razones migratorias, podrá durar 15 días, salvo situaciones muy específicas en las que la juez podrá extender 30 días corridos, aunque en este supuesto, la autoridad migratoria debe informar cada 10 días las razones por las que la expulsión no se concreta y las razones que justifican la subsistencia de la medida de retención.

El DNU 70/2017, consideró en cambio que *"Ante medidas expulsivas firmes, el plazo de retención para materializar la expulsión será de treinta (30) días corridos, prorrogables por disposición judicial por idéntico término"*.

USO OFICIAL



Ministerio Público de la Defensa
Defensoría General de la Nación

Es decir, el plazo de duración de la retención se extiende de un máximo de 15, pasibles de prorrogarse hasta un máximo de 30 bajo condiciones muy específicas (según la regulación de la ley 25.871), a un plazo 30 días con una prórroga por 30 días más, sin exigencias especiales. El DNU habilita la prórroga, extendiendo el plazo a 60 días de privación de libertad, sin exigir la acreditación de situaciones específicas excepcionales que lo hicieren indispensable. Además, exime a la autoridad administrativa de la obligación de explicar las razones de la demora en la concreción de la expulsión, así como de justificar cada diez días las condiciones que exigen el mantenimiento de la medida privativa de libertad.

Del mismo modo dejo desde ya planteada la inconstitucionalidad el 69 *nonies*, en cuanto dispone que *"dictada la sentencia por la Cámara Federal correspondiente y habiendo quedado firme o denegado el recurso extraordinario federal, la DIRECCION NACIONAL DE MIGRACIONES, en caso de corresponder, ejecutará la medida de expulsión sin más trámite"*. Ello, toda vez que la sentencia no adquiere firmeza una vez denegado el Recurso Extraordinario Federal, sino cuando no exista recurso por resolver por parte del Máximo Tribunal.

En ese contexto, cabe recordar que ***"la circunstancia de que se encuentre por ante el Máximo Tribunal el recurso de queja por apelación extraordinaria denegada, aun cuando este se halle suspendido, impide considerar que se encuentre firme la decisión cuestionada en aquella oportunidad"*** (apartado III del dictamen del Procurador Fiscal ante la Corte, al que remitió la Corte en Fallos: 330:4103, "García").

El citado dictamen explicó, en aquel caso, que ***la adjudicación del carácter firme al pronunciamiento impugnado sólo se alcanza una vez que se arriba a la decisión final de la causa, esto es, con la actuación de la Corte Suprema*** (Fallos: 330:4103, "García", cit.)⁴ (la negrita me pertenece).

Adunando lo expuesto, de convalidarse dichos articulados, se estarían conculcando las previsiones de los arts. 70 y 82 de la Ley de Migraciones, así como el derecho constitucional que le asiste a mi representado a un debido proceso y a una tutela judicial efectiva de naturaleza constitucional y reconocida por innumerables tratados internacionales con igual jerarquía.

Sería contrario al sentido común, que una sentencia pasible de ser revocada por haberse interpuesto una queja, sea considerada firme, pues la queja es una prolongación de la impugnación rechazada, y, por ello, impide que la sentencia adquiera firmeza. Se trata de una garantía procesal que tiende a evitar que el tribunal que ha dictado una resolución incurra en una arbitrariedad al impedir, mediante el rechazo del recurso interpuesto contra aquella, que al justiciable se le asegure su efectivo derecho al recurso.

En este sentido, se encuentra actualmente, en la Corte Suprema de Justicia de la Nación, se encuentra a estudio el caso "Peralta Valiente, Mario Raúl", en el cual el Procurador Fiscal ante el Alto Tribunal ha dictaminado: *"Ante todo, corresponde señalar que el artículo 82 de la ley 25.871 dispone que la interposición de recursos, administrativos o judiciales, en los casos*

⁴ Dictamen del Procurador ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación en causa "CAF 8965/2008/2/RH2 "EN -DNM- Disp. 40387/07 (expte 198258/88) el Peralta Valiente Mario Raúl si recurso directo para juzgados", del 26 de abril de 2016.



Ministerio Público de la Defensa
Defensoría General de la Nación

previstos en el artículo 74, tiene por efecto directo la suspensión de la ejecución de la medida dictada hasta tanto la misma quede firme.

III. MANTIENE RESERVA CASO FEDERAL

Por todo lo expuesto en el presente, y en atención a encontrarse involucradas en autos las garantías constitucionales de legalidad, razonabilidad, debido proceso, derecho de peticionar ante las autoridades, defensa en juicio, derechos de las personas en condición de vulnerabilidad, derecho a la reunificación familiar, derechos del niño, mantengo y hago reserva del caso federal para acceder ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

IV.- PETITORIO

En atención a las consideraciones formuladas en el presente, solicito

1. Se tenga presente el recurso de apelación interpuesto y por fundado el mismo;
2. Se eleven las actuaciones a la Cámara, y en su oportunidad, se revoque la sentencia apelada, ordenando a la demandada otorgue la respectiva residencia a mi mandante en el país, con costas.

3. tenga presente el mantenimiento de la reserva del caso federal efectuada.

Provea V.S. de conformidad, que

SERÁ JUSTICIA.


MARINA SALMAIN
DEFENSORA PÚBLICA COADYUVANTE

USO OFICIAL

