



Poder Judicial de la Nación
CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
FEDERAL- SALA V

81740/2018

[REDACTED], [REDACTED] Y OTRO c/ EN - DNM
s/RECURSO DIRECTO DNM

Buenos Aires, de agosto de 2019.- FR

VISTOS Y CONSIDERANDO:

I. Que por medio de la sentencia de fs. 226/233vta. el Juez de primera instancia rechazó el recurso interpuesto por el señor [REDACTED], de nacionalidad uruguaya, contra la Disposición nro. 217.655 del 6 de noviembre de 2017, y su confirmatoria nro. 187.622 del 11 de septiembre de 2018, de la Dirección Nacional de Migraciones, por medio de las cuales se había denegado la residencia solicitada, declarado irregular la permanencia del demandante, ordenado su expulsión del territorio nacional, y prohibido su reingreso por el término de 15 años. Todo ello, por haber sido condenado a la pena de 5 años y 2 meses de prisión por considerarlo responsable del delito de “disparo de arma de fuego agravado, encubrimiento a la supresión de la munición de arma de fuego y portación de uso civil condicional en concurso real” (fs. 183). Además, autorizó a concretar la retención del demandante una vez que la sentencia se encontrara firme y consentida.

Como fundamento, en primer término, rechazó el planteo de inconstitucionalidad del Decreto nro. 70/17 porque los actos administrativos aquí cuestionados habían sido dictados de conformidad con la ley 25.871, sin las modificaciones introducidas por aquel decreto. También, destacó que la accionante había podido ejercer debidamente su derecho de defensa, toda vez que había podido interponer los respectivos recursos administrativos y, contó con la posibilidad de interponer la presente acción de revisión judicial. Asimismo, precisó que los actuales incisos c) y d) del artículo 29 de la ley 25.871 “solo trasuntan en un desdoblamiento de las causas impedientes para el ingreso y permanencia de los extranjeros en el territorio nacional que se encontraban contenidas en la ley citada, antes de la modificación efectuada con el dictado del Decreto N° 70/17” (fs. 321vta.).



En cuanto al fondo, señaló que la situación del recurrente encuadra en los impedimentos para ingresar y permanecer en el territorio nacional, y que los hechos esgrimidos por el recurrente no tienen suficiente entidad como para desvirtuar los impedimentos previstos en el régimen migratorio. Destacó que, los actos dictados cumplimentan todos y cada uno de los requisitos esenciales del acto administrativo (artículos 7 y 8, de la ley 19.549), sin que se advierta menoscabo en los derechos del accionante, por violación o inobservancia de lo establecido en la normativa procesal administrativa y la ley 25.871. También, refirió que la autoridad migratoria se había limitado a aplicar una de las causales que obstante el ingreso y la permanencia de los extranjeros al país.

Por otra parte, y con respecto la dispensa por reunificación familiar invocada por la actora, sostuvo que se trata de una facultad discrecional de la Dirección Nacional de Migraciones que debe analizar en cada caso en particular. Destacó que, en la especie, no podía considerar que el acto cuestionado sea irrazonable debido al tipo de delito y el monto de la condena de prisión que había recaído sobre el demandante. Recordó que, la ley 25.871 no solo resguarda el derecho a la reunificación familiar, sino también el de promover el orden internacional y la justicia, denegando el ingreso y/o la permanencia en el territorio argentino a personas involucradas en actos reprimidos penalmente por nuestra legislación.

II.- Que, a fs. 234/240vta., apeló y expresó agravios la Defensora Pública Oficial ante los Tribunales Federales de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en representación de las niñas menores de edad C. J. G., M. A. G., N. B. F., L. A. F.G. y J.N.F.G., los que fueron replicados por la contraria a fs. 261/269vta.

En primer lugar, sostiene que la sentencia apelada es arbitraria pues no hizo referencia alguna a los planteos formulados por la defensa. En particular, se agravia de que no se haya analizado el planteo de inconstitucionalidad del artículo 4 del Decreto de Necesidad y Urgencia nro. 70/17, ni que tampoco se haya realizado un control de convencionalidad de la medida expulsiva. Destaca que, todos los órganos estatales deben adecuar sus actuaciones a las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
FEDERAL- SALA V

Señala que, en la sentencia apelada no se tuvieron en cuenta los límites establecidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos a la facultad del Estado de expulsar migrantes. En particular, señala que la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, reconocen el derecho a la protección de injerencias arbitrarias o abusivas en la vida familiar. Precisa que las medidas estatales que produzcan tales efectos deben ser necesarias, y proporcionales con los fines perseguidos, y que, en este caso, la jueza "hizo caso omiso a la tensión que se presenta en autos entre la facultad del estado de expulsar migrantes y la aplicación de la dispensa dispuesta por el art. 29 in fine de la ley 25.871, por razones de reunificación familiar, en estricto resguardo de los intereses del niño (fs. 236vta.). Sostiene que, en el caso, no se analizó otorgar la dispensa pese a que: las 5 hijas del recurrente nacieron en este país y todas ellas son menores de edad; una de ellas y el propio demandante son portadores del VIH; y que dependen exclusivamente del demandante, debido a que la madre ha sido excluida del hogar por haberse dispuesto una prohibición de acercamiento. Tampoco se tuvo en cuenta que la abuela paterna de las niñas tampoco puede hacerse cargo de ellas de manera permanente, porque trabaja de lunes a viernes sin retiro. En esencia, sostiene que la Dirección Nacional de Migraciones utilizó una formula genérica haciendo referencia a la pena impuesta al solicitante y la naturaleza del delito, sin hacer ningún tipo de evaluación de las circunstancias del caso específico.

Por otra parte, indica que tampoco se tuvo en cuenta el interés superior del niño, y el derecho de los niños a vivir y crecer junto a su padre. Destaca que, las niñas son merecedoras de una protección especial por su particular vulnerabilidad, y siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, el proceso de toma de decisiones debe incluir una estimación de las posibles repercusiones de la decisión en el niño o los niños interesados.

III. Que, a fs. 242/252, apeló y expresó agravios la Comisión del Migrante en representación del señor [REDACTED]
[REDACTED], los que fueron replicados por la contraria a fs. 261/269vta.

En primer término, plantea la nulidad de la sentencia apelada porque considera que se ha realizado un encuadre



erróneo de la ley aplicable, porque si bien en un primer momento señala que los actos fueron dictados de conformidad con las previsiones de la ley 25.871 en su redacción original, en el considerando XI se refiere que el demandante incurrió en una falta tipificada en el artículo 29, inciso c), de la ley 25.871, de conformidad con el nuevo texto establecido por el Decreto nro. 70/17. También, porque aplica las nuevas limitaciones establecidas por el artículo 4º de ese decreto a las causales en las cuales se puede otorgar la dispensa por “reunificación familiar o razones humanitarias”.

Asimismo, sostiene que la sentencia apelada es inconstitucional por afectar su derecho a la reunificación familiar, y porque no se realizó el test de razonabilidad de la medida expulsiva. Ello, pues de las constancias de la causa surge que reside en el territorio nacional desde su ingreso en el año 1984, es decir, cuando era solo un niño de 3 años de edad, y, además, aquí no solo se encuentran todos sus vínculos familiares, sino que también ha generado afectos que van más allá de su familia. Precisa que, no solo aquí viven sus 5 hijas menores de edad, sino también su madre y sus 3 hermanos. Agrega que, todas sus hijas se encuentran escolarizadas, y tanto él como una de ellas, son portadores de VIH. Además, destaca que la madre de las niñas se desvinculó de ellas a muy temprana edad, y que pesa sobre aquella una orden de restricción por poseer dos causas penales en su contra, una por el delito de sustracción, retención u ocultamiento de menores, y otra por estar implicada en la causa contra su pareja, caratulada “[REDACTED] y otros s/ Abuso Sexual”, en trámite ante la Justicia Penal de San Martín.

En esencia, se agravia de que se haya decidido su situación migratoria valorando exclusivamente el antecedente penal que registra, sin tener en cuenta el resto de los intereses comprometidos en el caso, y el grado de afectación que tiene la medida en su vida familiar. En particular, las razones humanitarias vinculadas a garantizar y resguardar la salud y la integridad física de él y su hija, en tanto portadores del VIH, puesto que aquí reciben el tratamiento medicamentoso y realizan los controles médicos en forma gratuita.

Indica que tanto la Ley 25.871 como los tratados internacionales con jerarquía constitucional reconocen una





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
FEDERAL- SALA V

protección especial a la familia y a la vida familiar, y que, a los fines de evaluar la reunificación familiar, se deberían contemplar medidas alternativas a la expulsión que faciliten la unidad familiar y la regularización migratoria. Además, se agravia de que no se haya tomado en cuenta el interés superior del niño. Destaca que es obligación del Estado examinar dichos extremos en todas aquellas situaciones en la que los niños puedan resultar afectados. Recuerda que, la Convención sobre los Derechos de Niño, establece que los Estados velarán por que los niños no sean separados de sus padres, y que, la expulsión del señor [REDACTED] produciría el desmembramiento de su grupo familiar, y afectaría directamente a sus hijas menores de edad.

Precisa que, el Estado Argentino debe evaluar las circunstancias particulares de las personas involucradas, en particular, su historia migratoria, la nacionalidad, guarda, y residencia de los hijos de la persona que se pretende expulsar, y el alcance de la afectación que genera la ruptura familiar debido a la expulsión.

En otro orden, se agravia de que en el caso se haya aplicado el artículo 70 de la Ley 25.871, pues sostiene que con la modificación introducida por el Decreto de Necesidad y Urgencia nro. 70/17, en lo relativo a la extensión del plazo de la retención, se pasó de un plazo de 15 días, prorrogable hasta un máximo de 30 días, a uno de 30 días prorrogable por otros 30 días más. De manera tal, que la retención se podría extender hasta 60 días sin exigir la acreditación de situaciones excepcionales que justifiquen la privación de la libertad con esa extensión. Además, señala que mediante aquella reforma también se permitiría que la retención se hiciera efectiva aun cuando estuviera pendiente un recurso de queja ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

IV. Que a fs. 273/276vta. dictaminó el señor Fiscal General ante esta Alzada.

V.- Que, en primer término, cabe señalar que la parte actora no controvirtió el aspecto objetivo en virtud del cual se declaró irregular su permanencia en el territorio nacional, se ordenó su expulsión, y se prohibió su reingreso por un plazo de 15 años; es decir, no cuestionó que el 17 de marzo de 2009 fue condenado por el Tribunal en lo Criminal nro. 1, del Departamento Judicial de Mercedes, provincia de



Buenos Aires, a la pena única de 5 años y 2 meses de prisión por resultar responsable del delito “disparo de arma de fuego agravado, encubrimiento, encubrimiento de la supresión de la numeración de arma de fuego y portación ilegal de arma de fuego de uso civil, en concurso real entre sí”, comprensiva de la condena dictada por el Tribunal Oral en lo Criminal nro. 2, en orden al delito de “robo calificado por el uso de armas en grado de tentativa y portación ilegal de arma de uso civil” (fs. 79/vta., y 96).

VI.- Que, sin perjuicio de ello, con relación a los planteos vinculados al derecho a la reunificación familiar y a la dispensa prevista en el artículo 29, última parte, de la Ley 25.871, así como al test de razonabilidad de la medida expulsiva y el interés superior del niño involucrado, cabe señalar que, como regla, la negativa del organismo administrativo de su aplicación está sujeta a la revisión judicial, como cualquier otro acto administrativo dictado en ejercicio de facultades tanto regladas como discretionales (Fallos 284:150; 328:651, y sus citas; c. nro. 3061/2017 “Centro de Estudios Legales y Sociales y Otros C/ EN-DNM S/Amparo Ley 16.986”, del 22 de marzo de 2018). Máxime, cuando esta Sala, en la causa “Centro de Estudios Legales y Sociales y otros c/ EN-DNM s/ Amparo – Ley 16.986”, ya citada, declaró la invalidez constitucional del Decreto N° 70/2017. En consecuencia, la situación migratoria de la recurrente, en particular, lo relativo a la dispensa prevista en el artículo 29, in fine, deberá analizarse de conformidad con el texto original de la Ley 25.871.

VII.- Que, en tal sentido, cabe señalar que la determinación de la política migratoria constituye una potestad de los Estados, que cuentan con un ámbito de discrecionalidad a tal fin (CorteIDH “Vélez Loor vs. Panamá”, sentencia del 23/11/2010, considerando 97º y sus citas). En un sentido concordante, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que toda nación soberana tiene como poder inherente a su soberanía la facultad de prohibir la entrada de extranjeros a su territorio o de admitirlos en los casos y bajo las condiciones que ella juzgue libremente prescribir. Asimismo, señaló que la facultad de cada Estado de regular y condicionar la admisión de extranjeros en la forma y medida en que lo requiera el bien común en cada circunstancia, no es incompatible –como principio– con las garantías





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
FEDERAL- SALA V

consagradas por la Ley Suprema (Fallos: 164:344; 183:373; 200:99; 313:101).

Por otra parte, al examinar casos como el que se presenta en la especie, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido previamente que la jurisprudencia de otros órganos de supervisión internacional, tal como la Corte Europea, pueden aportar elementos constructivos para la interpretación y aplicación de derechos que son comunes a los sistemas regionales e internacional de derechos humanos (Informe 56-06 “Wayne Smith vs. Estados Unidos”, del 20 de julio de 2006; nota 33). En tal sentido, la Corte Europea de Derechos Humanos ha señalado que es propio de los Estados para mantener el orden público, y en particular, mediante el ejercicio de esa facultad, y por razones de derecho internacional y las obligaciones que emergen de esas normas internacionales, controlar el ingreso y la residencia de los extranjeros. Al respecto, se ha sostenido que a fin de mantener el orden público, tienen el poder de expulsar o deportar a los extranjeros condenados por delitos graves (Maslov v. Austria, sentencia del 23 de junio de 2008); y, al momento de analizar la proporcionalidad de esas medidas, las autoridades nacionales gozan de un cierto margen de apreciación (Berrehab v. the Netherlands, sentencia del 21 de junio de 1988).

Sin embargo, también se ha señalado que en el ejercicio de este derecho a expulsar a extranjeros, los Estados deben tener en cuenta ciertas protecciones que consagran valores fundamentales de las sociedades democráticas, y la política de inmigración debe garantizar a todos una decisión individual con las garantías del debido proceso; debe respetar el derecho a la vida, a la integridad física y mental, a la vida familiar y el derecho de los niños a obtener medios especiales de protección (CIDH, INFORME No. 81/10 “Wayne Smith, Hugo Armendariz, Y Otros, - Estados Unidos”, 12 de julio de 2010).

VIII.- Que, en el caso Üner v. The Netherlands, sentencia del 18 de octubre de 2006, parr. 56, y 58; en el que se juzgó la validez de la orden de deportación y exclusión por diez años, la Corte Europea de Derechos Humanos precisó, además, los parámetros genéricos que deben ser considerados para determinar si la



autoridad estatal, al dictar la orden de deportación, ha obrado o no de manera excesiva o arbitraria. En tal sentido, señaló que corresponde tener en cuenta la naturaleza y la gravedad del delito cometido, y el grado de reiteración en ese tipo de conductas; la extensión de la estadía en el país; el tiempo transcurrido entre el momento que fue cometido el delito y la conducta del apelante desde entonces; la nacionalidad de las personas involucradas; la situación familiar respecto de quien se dicta la orden de deportación; el tiempo de duración del matrimonio y si la esposa sabía acerca de la comisión del delito; si ha tenido hijos y de qué edad, el estado civil y familiar que tenía al tiempo de ser dictada la orden de deportación, y el que construyó con posterioridad; el bienestar de los niños y la gravedad de las dificultades que podrían encontrar en el país al que es deportado; la solidez de los vínculos sociales culturales y familiares con el país desde el que es deportado y en el país hacia el que es deportado; y el interés de todo el tejido social; a fin de sopesar si la permanencia en el país constituye una amenaza para la seguridad de la población o si, a pesar de ella, debe prevalecer el derecho a la protección de la vida familiar (ídem. “Bouchelkia v. France”, sentencia del 29 de enero de 1997, párrafos 40 y 31, y sus citas; “Antwi and Others v. Norway”, sentencia del 13 de febrero de 2012; y sus citas; “Külecki v. Austria”, sentencia del 1 de junio de 2017, y sus citas). Sobre la base de tales parámetros, y de una apreciación circunstanciada del caso, decidió sobre la validez de la deportación.

IX.- Que, en tal sentido, el artículo 7, inciso e), de la Ley 19.549 establece que la motivación constituye un requisito esencial del acto administrativo, y a fin de dar cumplimiento a dicho recaudo, se deben exponer los hechos y antecedentes que el acto tiene como causa, el derecho aplicable, y expresar de manera concreta las razones que llevan a emitir dicho acto. En ese sentido, se ha señalado que “la fundamentación o motivación del acto, contenida dentro de sus considerandos, es una declaración de cuáles son las circunstancias de hecho y de derecho que han llevado a su emanación, o sea sus motivos o presupuestos; es la exposición y argumentación fáctica y jurídica con que la administración debe sostener la legitimidad y oportunidad de la decisión tomada. Por ello es el punto de partida fundamental para el juzgamiento





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
FEDERAL- SALA V

de esa legitimidad" (Gordillo, Agustín: Tratado de Derecho Administrativo, FDA, Buenos Aires, 2000, TIII, pág. X-15).

X.- Que, en el caso, no es posible soslayar que el delito cometido por el recurrente es 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, la sentencia fue dictada hace más de 10 años y tal como fue señalado por señor Fiscal General ante esta Alzada a fs. 273/276vta., 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 de manera concreta y circunstanciada sobre el grado de afectación y vulnerabilidad que la medida puede provocar en la vida familiar de la demandante, y, particularmente, en las 5 hijas argentinas menores de edad, cuyo vínculo familiar no ha sido desconocido por la contraria (126vta./131). Especialmente, en atención a su corta edad (tienen entre 9 y 16 años), y porque no se ha indicado la situación en la que se encuentran, el grado de vulnerabilidad y dependencia de su padre, si contribuye y resulta indispensable en la manutención (o no), ni qué dispositivos se encuentran disponibles para su eventual contención. Ello, en el caso de considerar que 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).

XI.- Que, en suma, si bien no se ha controvertido la causa en virtud de la cual la autoridad migratoria decidió la expulsión del demandante, de conformidad con lo expuesto por la Defensora Pública Oficial y el señor Fiscal General ante esta Alzada, correspondía que la Dirección Nacional de Migraciones examinara, en atención a los intereses involucrados, los parámetros individualizados en los considerandos anteriores a fin de determinar: el grado de afectación al interés superior de las niñas y adolescentes eventualmente afectadas por la medida expulsiva, y, además, si la permanencia en el país del



recurrente constituye una amenaza para la seguridad de la población o si, a pesar de ella, debe prevalecer el derecho a la protección de la vida familiar. Máxime, cuando el demandante vive desde el año 1984 en el territorio nacional (fs. 81vta./82), tiene 5 hijas menores edad de nacionalidad argentina, y tanto él como una de ellas requiere de medicación y asistencia médica periódica, que están recibiendo en el Hospital Público Luciano y Mariano de la Vega (cfr. fs. 139 y 141vta./143).

Al respecto, cabe señalar que la dispensa prevista en la última parte del artículo 29 de la ley 25.871, no puede ser denegada en base a consideraciones genéricas y abstractas, formuladas de un modo tal que podrían ser aplicables a todos los casos por igual, de manera estereotipada y sin una explicación razonada de las circunstancias y de los intereses que están en juego en cada caso; ello, tal como la expresada en el considerando VI de la Disposición nro. 187.622 del 11 de septiembre de 2018 (esta Sala, en c. nro. 22.134/2018 “Egoavil Salcedo, Arbel Zandhar c/ En-Minterior OpyV- DNM s/Recurso Directo DNM”, del 9 de noviembre de 2018, entre otros). Ello, pues, pese a lo señalado en reiteradas oportunidades, el hecho de que la facultad prevista en el artículo 29 de la Ley constituya una atribución de la autoridad migratoria no la exime de observar un elemento esencial como es la motivación suficiente, pues es precisamente en este ámbito de la actividad administrativa donde la motivación se hace más necesaria (conf. Fallos 314:625; 315:1361).

XII.- Que, en tales condiciones, toda vez que la Dirección Nacional de Migraciones no analizó de manera concreta y circunstanciada la situación del demandante y sus hijas menores de edad, con especial referencia y atención al principio del “interés superior del niño”, de conformidad con lo expuesto en el considerando XI, corresponde: 1º) Hacer lugar a los recursos de apelación interpuestos por la Comisión del Migrante y la Defensora Pública Oficial ante los Tribunales Federales, y revocar la sentencia apelada; 2º) Hacer lugar al recurso judicial interpuesto a fs. 2/10vta., revocar la Disposición nro. 217.655 del 6 de noviembre de 2017, y su confirmatoria nro. 187.622 del 11 de septiembre de 2018, y remitir las actuaciones a la Dirección Nacional de Migraciones para que evalúe nuevamente la situación de la accionante, teniendo en especial consideración el interés superior de las





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
FEDERAL- SALA V

niñas involucrados en estas actuaciones, de conformidad con los términos del presente fallo - a cuyo efecto podrá requerirse su participación-. Las costas de ambas instancias se imponen en el orden causado, en atención a las particularidades y lo novedoso de la cuestión debatida (art. 68, segunda parte, y 272 del CPCCN).-

ASI SE RESUELVE.-

Regístrate, notifíquese, y, oportunamente,
devuélvase.

Guillermo F. Treacy

Jorge F. Alemany

Pablo Gallegos Fedriani

