



Poder Judicial de la Nación

CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL-
SALA V

31968/2011

BARRIOS ROJAS ZOYLA CRISTINA c/ EN -DNM RESOL 561/11- (EXP 2091169/06 (805462/95)) Y OTRO s/RECURSO DIRECTO PARA JUZGADOS

En Buenos Aires, Capital Federal de la República Argentina a los días de marzo del año dos mil quince, reunidos en Acuerdo los Señores Jueces de la Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, para conocer en el recurso interpuesto en autos: “Barrios Rojas Zoyla Cristina c/ EN –DNM-Resol 561/11 (exp 2091169/06 (805462/95)) y otro s/ recurso directo para juzgados”, el Tribunal estableció la siguiente cuestión a resolver:

¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada?

El Sr. Juez de Cámara, Dr. Pablo Gallegos Fedriani, dijo:

I.-Que por sentencia 406/410 la Sra. Juez de la anterior instancia, rechazó, con costas, la demanda interpuesta por la Sra. Zoyla Cristina Barrios Rojas, de nacionalidad peruana en cuanto dedujo recurso de apelación en los términos del art. 84 de la Ley n° 25.871, para que se revoque la Disposición DNM – PG N° 184763 por la que se resolvió denegar su solicitud de residencia en el país, cancelar su residencia precaria, declarar irregular su permanencia y ordenar su expulsión del territorio nacional, prohibiendo su reingreso a la República por el término de 15 años.

II.-Que a fs. 413 apeló la Defensoría Pública Oficial, quien expresó agravios a fs. 421/427 los que fueron contentados a fs. 431/435 por la Dirección Nacional de Migraciones.

A fs. 437/438 vta. dictaminó el Sr. Fiscal General y a fs. 440 se dictó autos para sentencia.

IV.-Que la Sra. Juez a fs. 407/408 explicita: “Que en los términos en que la cuestión ha quedado planteada, se debe comenzar señalando

que de conformidad con las constancias del expediente administrativo N° 20911692006 –que tengo a la vista-, las actuaciones se inician con la solicitud de residencia en el país presentada con fecha 25.07.06 por la sra. Barrios Rojas, de nacionalidad peruana, ante la Dirección Nacional de Migraciones, en el marco del Programa Nacional de Normalización Documentaria Migratoria para nativos de países del Mercosur y Asociados. Luego de recabar la documentación e informes pertinentes, con fecha 5.03.09, el Director General Técnico – Jurídico de la Dirección Nacional de Migraciones emitió el dictamen N° 1411, por el cual aconsejó denegar el beneficio solicitado por el extranjero, expulsarlo del territorio nacional y prohibir su reingreso al país por el término de 15 años. Para así dictaminar tuvo en cuenta lo informado por el Registro Nacional de Reincidencia en cuanto a que, en fecha 7 de julio de 1999, el Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 2, en la causa n° 254, condenó al causante a la pena de 6 años de prisión, accesorias legales, costas y multa de tres mil pesos (\$ 3.000), por considerarla penalmente responsable del delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización agravado por la participación de tres o más personas, concluyendo que la situación del extranjero encuadraba en los impedimentos previstos en el artículo 29 de la ley 25.871. con fecha 25.03.09, por intermedio de la Disposición DNM-PG N° 184763, el Sr. Coordinador Operativo del Programa Nacional de Normalización Documentaria Migratoria de la Dirección Nacional de Migraciones, por encontrarla inmersa dentro del impedimento contemplado en el inciso c art. 29 de la ley migratoria, decidió denegar la solicitud de residencia en el país de la sra. Barrios Rojas y cancelar la residencia precaria que se le había emitido, declarar irregular su permanencia en el país, ordenar su expulsión del Territorio Nacional y prohibir su reingreso por el término de 15 años ...”.

V.-Que el inciso c) del art. 29 de la ley de migraciones dispone expresamente que: “Serán causas impeditivas del ingreso y permanencia de extranjeros al Territorio Nacional: ...c) Haber sido condenado o estar cumpliendo condena, en la Argentina o en el exterior, o tener antecedentes por tráfico de armas, de personas, de estupefacientes o por lavado de dinero o inversiones en actividades ilícitas o delito que merezca para la legislación argentina pena privativa de la libertad de tres (3) años o más”.

Asimismo el último párrafo del art. 29 establece que : “La Dirección Nacional de Migraciones, previa intervención del Ministerio del Interior, podrá admitir, excepcionalmente, por razones humanitarias o de reunificación familiar, en el país en las categorías de residentes permanentes o



Poder Judicial de la Nación

**CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL-
SALA V**

temporarios, mediante resolución fundada en cada caso particular, a los extranjeros comprendidos en el presente artículo.”.

VI.-Que el artículo 89 de la misma ley determina que el recurso judicial y la consecuente intervención y decisión del órgano judicial se limitarán al control de legalidad, debido proceso y de razonabilidad del acto motivo de impugnación.

A tenor de lo antes expresado cabe preguntarse si esta limitación a la revisión que el Poder Judicial ejerce sobre los actos de la Administración cumple con el requisito del “control judicial suficiente” impuesto en nuestro sistema jurídico por vía pretoriana desde el Fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en Fernández Arias contra Poggio.

VII.-Que sin perjuicio de ello, la respuesta al caso en análisis se encuentra en parte en el propio Preámbulo de la Constitución Nacional cuando afirma que su objeto es el de constituir la unión nacional, afianzar la justicia, consolidar la paz interior, proveer a la defensa común, promover el bienestar general y asegurar los beneficios de la libertad, para nosotros y para todos los hombres del mundo que quieran habitar en el suelo argentino.

A mayor abundamiento, el principio de respuesta se continua en los artículos 14 y 14 bis donde se expresa que todos los habitantes de la nación gozan de los siguientes derechos conforme las leyes que reglamentan su ejercicio, contando entre ellos el de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino.

Por su parte el artículo 18, in fine de la Constitución Nacional expresa “Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice”.

En síntesis la cárcel no es para castigo de los reos sino para su seguridad; la actora, como habitante del país, goza de los derechos de entrar, salir y permanecer en el territorio argentino y la Constitución la incluye, desde su Preámbulo, con el objeto, entre otros, de constituir la unión nacional y consolidar la paz interior.

Asimismo, el artículo 20 establece que “Los extranjeros gozan en el territorio de la Nación de todos los derechos civiles del ciudadano; pueden ejercer su industria, comercio y profesión; poseer bienes raíces,

comprarlos y enajenarlos; navegar los ríos y costas; ejercer libremente su culto; testar y casarse conforme a las leyes. No están obligados a admitir la ciudadanía, ni a pagar contribuciones forzosas extraordinarias. Obtienen nacionalización residiendo dos años continuos en la Nación; pero la autoridad puede acortar este término a favor del que lo solicite, alegando y probando servicios a la República”.

VIII.-Que en este caso particular debo expresa, a título exclusivamente personal, que resulta impropio del debido proceso adjetivo consagrado por los tratados internacionales que el Tribunal se vea obligado a decidir sobre la vida futura de una persona sin que la ley procedimental haya previsto, siquiera, una audiencia para conocer a quien reclama quedarse en la Argentina y que la autoridad administrativa no acepta y ordena su expulsión.

Sé que está dentro de las herramientas que el artículo 36 del Código Procesal da al juez, la posibilidad de designar una audiencia para tener una visión directa y personal de alguien cuya vida futura se decidirá sin haberla visto.

Sin perjuicio de lo antes dicho, creo que en este caso, la cuestión puede resolverse sin hacer uso de tal facultad judicial.

En efecto, como lo han decidido los propios constituyentes, la incorporación en la reforma de 1994 de la Constitución Nacional en el art. 75, inciso 22 cuando afirma: “22. Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás



Poder Judicial de la Nación

CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL-
SALA V

tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional”, 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.

En síntesis, el paradigma ha cambiado, el Estado goza de privilegios, poderes y prerrogativas propios como lo reconoce la propia Constitución Nacional, pero tales prerrogativas solo pueden ser justificadas en que tiendan a asegurar el respeto los Derechos Humanos.

IX.-Que como bien lo expone el recurrente (Defensoría Pública Oficial) a fs. 421/428, debe hacerse en el caso concreto un test de razonabilidad en la medida en que la aquí actora ha sido condenada y cumplido su condena por un delito que lleva consigo la expulsión del país; sin perjuicio de lo cual se faculta a la autoridad administrativa, en casos excepcionales, a admitir la permanencia de quien sufre tal tacha en el país por razones debidamente fundadas.

En el presente caso, como bien lo expresa el recurrente, la actora llegó al país en el año 1994, es decir que hace más de 20 años que se encuentra afincada en la República Argentina; aquí ha contraído matrimonio con el Sr. Tito Humberto Ramírez Chilcon; aquí vive su madre (ver fs. 38/39), su hermano Luis Javier Barrios Rojas (ver fs. 81/82), su sobrina Selenia Ayelén Barrios Rojas (ver fs. 83/85), su sobrino Nahuel Marcelo Mendoza (ver fs. 86/89) y que asimismo que a fs. 213/219 obra la contestación de oficio de la AFIP donde surge que la actora y su marido están registrados laboralmente. También a fs. 95/97 se acompañó copia del acuerdo espontáneo ante el SECCLO del 1/11/10 celebrado por la aquí actora y la empresa DIA ARGENTINA SA, lo que acredita que trabajó en la empresa citada.

A fs. 282/298 obra la contestación de oficio del geriátrico “Nuestra Señora de Luján” donde se desprende que la actora ha trabajado en dicho establecimiento del 16/5/2003 al 16.2.2005.

De lo hasta aquí acreditado resultan dos circunstancias inatacables.

La primera de ellas es que la Sra. Barrios Rojas tiene su grupo familiar en la Argentina (madre, esposo, hermano y sobrinos).

La segunda es que una vez cumplida su condena penal se ha reinsertado en la sociedad trabajando y formando un matrimonio.

A lo ya expuesto cabe agregar que a fs. 314/319 el ANSES contesta que la accionante tiene Clave Única de Identificación Laboral.

Y es aquí donde debe hacerse el test de razonabilidad que requiere el Ministerio público de la Defensa, poniendo en juego el derecho humano a la unidad familiar, con la norma que ordena expulsar del país a quien haya cometido un delito -como es el caso de la actora-; todo ello sin perjuicio de que la propia norma faculta a la autoridad administrativa a hacer una excepción de la norma que exige la expulsión por razones de unidad familiar.

Y aquí el resultado no puede ser otro que entender que no resulta razonable la solución tomada por la autoridad administrativa con base en la legislación citada en este voto y la transcripta por la Sra. Juez de la anterior instancia. Todo ello sin perjuicio de tomar en consideración del tiempo transcurrido desde que la actora tuvo una actividad delictual -fue hace más de 17 años- a lo que cabe agregar el dictamen favorable sobre el punto elaborado por el Ministerio Público Fiscal (ver dictamen del Fiscal General de fs. 417/418) donde expresa: **“Estimo que en el supuesto de que VE, tenga por acreditadas las circunstancias fácticas reseñadas *supra*, debería revocar el pronunciamiento recurrido con arreglo a lo expuesto y, por tanto, hacer lugar a la demanda en los términos solicitados con fundamento en la ‘reunificación familiar’ prevista en el art. 29 in fine de la ley 25.871”**.

X.-Que a lo ya dicho cabe agregar que el término “podrá” expresado en la norma; respecto de la autoridad administrativa debe entenderse como una facultad discrecional sin que se pueda asimilar discrecionalidad a irrazonabilidad. En otras palabras, lo discrecional debe ser razonable, y en el caso de autos, no lo es.

Por lo antes expuesto, y de acuerdo con lo dictaminado por el Sr. Fiscal General corresponde revocar la sentencia de fs. 406/410 y, en definitiva, declarar nula la Resolución N° 561 del Ministerio del Interior que canceló la residencia precaria de la actora, declaró irregular su permanencia y ordenó su expulsión del territorio nacional prohibiendo su reingreso a la república por el termino de 15 años.



Poder Judicial de la Nación

**CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL-
SALA V**

Las costas de ambas instancias se imponen en el orden causado en virtud de lo novedoso de la cuestión en debate (arg. Art. 68, in fine, del Código Procesal). **ASÍ VOTO.-**

El Juez de Cámara, Jorge F. Alemany dice:

I.- Que adhiero en lo sustancial al voto que antecede. En particular, a lo expresado con relación a que, de conformidad con lo establecido en el artículo 29, última parte y, en sentido análogo, en el artículo 70, tercer párrafo de la ley 25.871, la autoridad administrativa está facultada para evaluar, mediante resolución fundada en la que se consideren de manera pormenorizada las circunstancias particulares del caso, lo relativo a la permanencia en carácter de residente temporario o permanente del migrante (cfr. CSJN en causa nro. N. 13. XLII., del 23 de junio de 2009, considerando 7º; Cámara Federal de Apelaciones de Paraná, en la causa “*Incidente de Hábeas Corpus deducido por Dai Jianqing, Lin Xuehui, Xie Chenguang Y Zhuang Bisheng – Relacionado con los Autos N°32/11 Caratulados: ‘Dirección Nacional De Migraciones S/ Retención De Personas De Nacionalidad China’*”, del 11 de junio de 2011, y sus citas; y Chausovsky, Gabriel, *Apuntes jurídicos sobre la nueva ley de migraciones, en: Migración: un Derecho Humano, Rubén Giustiniani y otros*, Ed. Prometeo Libros, octubre de 2004, p.164 y s.s.).

Por tanto, corresponde hacer lugar al recurso de apelación, dejar sin efecto la sentencia apelada, y reenviar las actuaciones a fin de que la autoridad competente se expida nuevamente sobre la situación migratoria de la demandante, con arreglo a lo establecido en el presente fallo; con costas por su orden en atención al carácter novedoso de la cuestión (art. 68, segunda parte, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). **ASI VOTO.-**

El Sr. Juez de Cámara, Dr. Guillermo F. Treacy adhiere en lo sustancial al voto del Dr. Gallegos Fedriani.

En atención al resultado del Acuerdo que antecede, **SE RESUELVE:** Hacer lugar al recurso de apelación de la parte actora y, en consecuencia se revoca la sentencia de la anterior instancia y, se declara la nulidad

de la Resolución N° 561 del Ministerio del Interior e imponer las costas de esta instancia en el orden causado (art. 68, in fine, del C.P.C.C.N.).-

Regístrese, notifíquese y devuélvase.-

Pablo Gallegos Fedriani

Jorge Federico Alemany
(en disidencia parcial)

Guillermo F. Treacy