



Poder Judicial de la Nación

JUZGADO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
FEDERAL 3

**10879/2010 “GARCIA CASTRO JHON DARWIN c/EN-Mº
INTERIOR-DNM-DISP 264/10(EXPTE 2167684/06) s/RECURSO
DIRECTO PARA JUZGADOS”**

Buenos Aires, noviembre , de 2013.

Y VISTOS:

Estos autos caratulados en la forma que se indica en el epígrafe, en trámite por ante este Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal nro. 3 -Secretaría nro. 5-, que se encuentran en condiciones de que se dicte la sentencia definitiva; y

CONSIDERANDO:

1.- Que, se presenta Jhon Darwin García Castro y deduce recurso de apelación en los términos del art. 84 de la ley Nº 25.871 contra la Disposición DNM Nº 264, mediante la cual se rechazó la denuncia de ilegitimidad interpuesta por el extranjero contra la Disposición DNM-PG Nº 184.384, que resolvió denegar la solicitud de residencia en el país, declarar irregular su permanencia y ordenar su expulsión del Territorio Nacional, prohibiendo su reingreso a la República por el término de 5 años, por encontrarlo inmerso dentro de los impedimentos contemplados en el art. 29 inc. c) de la Ley 25.871.

Relata que ingresó a la República Argentina en el año 1991, en cumplimiento de la orden dictada por un juez uruguayo por la que se dispuso que, a partir de dicha fecha, viniera a vivir a este país con su tía materna. Indica que el hermano de su madrastra, junto con su esposa y sus hijos, fueron los que inicialmente -además de su tía materna- le brindaron contención afectiva en su nueva patria y que, posteriormente, en el año 1999, se instalaron definitivamente en la Argentina su padre, junto con su esposa y sus hijos. Asimismo, expone que durante estos últimos diez años su relación con ellos se fue acrecentando y que todos sin excepción, constituyen su núcleo familiar.

Detalla que, en virtud de un error cometido en su juventud se le está negando la posibilidad de continuar viviendo y desarrollando sus actividades habituales en este país, condenándolo a regresar a un país en el que vivió sólo hasta los diez años de edad y respecto del cual no guarda gratos recuerdos y en el que no posee vínculos familiares o

afectivos que le brinden la necesaria contención espiritual para el desarrollo de su vida.

Alega que le asiste el derecho a permanecer en el territorio argentino, debiendo reconocerle el Estado el derecho de tramitar su solicitud de residencia de conformidad con las normas internacionales e internas aplicables al caso. Entiende que debe ponderarse la correcta aplicación de las normas contenidas en la ley 25.871, buscando para ello su armonización con los preceptos contenidos en los tratados internacionales con jerarquía constitucional que cita, los arts. 14 bis y 18 de la Constitución Nacional y las normas del Código Penal, específicamente los arts. 27 y 51.

Afirma que la decisión tomada por la Dirección Nacional de Migraciones ha sido dictada considerando erróneamente la aplicación de un instituto del Derecho Penal, contenido en el art. 51 del Código de fondo y rechazando la aplicación del art. 27 del mismo cuerpo normativo que considera aplicable al caso.

En tal sentido, sostiene que la condena de un año de prisión en suspenso que fuera dictada en el año 2004 por el Tribunal Oral en lo Criminal Nº 17, en modo alguno puede ser esgrimida como argumento para encuadrar su situación en las prescripciones contenidas en el inc. c) del art. 29 de la ley Nº 25.871 por cuanto, dicha condena, al momento de dictarse la Disposición DNM-PG Nº 184.384 no podía ser tenida como antecedente para la evaluación de su situación migratoria, dado que desde el día 12 de abril de 2008 debía tenerse como no pronunciada, por aplicación del art. 27 del Código Penal.

Asimismo, entiende que la Dirección Nacional de Migraciones hizo caso omiso a todas las consideraciones formuladas oportunamente por los jueces naturales, soslayando que la pena que se le impusiera fue sólo de un año, y no igual o superior a tres como se establece en el art. 29 inc. c) de la ley de migraciones, equiparándola en sus efectos migratorios a la que podría corresponder por la comisión de delitos gravísimos y negándosele de ese modo la permanencia en el país y ordenando su expulsión.

Agrega que el caso debe interpretarse a la luz del principio pro homine en cuanto impone que, en caso de duda, se decida siempre en el sentido más garantizador del derecho de que se trate; afirmando



Poder Judicial de la Nación

JUZGADO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
FEDERAL 3

que, en la especie, se trata del derecho de los inmigrantes a permanecer en el territorio nacional y consolidar legalmente su situación migratoria en el país.

En subsidio, alega la primacía del instituto de reunificación familiar, invocando el art. 3 inc. d) de la ley de migraciones, el art. 17.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en donde se ha receptado positivamente la aplicación del proclamado objetivo de la reunificación familiar.

2.- Que, a fs. 141/153 la Dirección Nacional de Migraciones contesta el recurso de apelación interpuesto, solicitando su rechazo, con costas.

En primer término, opone la improcedencia de la acción impetrada por falta de agotamiento de la vía administrativa, planteo que fuera rechazado por el Tribunal mediante resolución del 3.10.11, obrante a fs. 181.

Seguidamente, luego de efectuar un resumen de las circunstancias acaecidas en sede administrativa, expone que el accionar de su mandante es formalmente incuestionable, puesto que previo a cada Disposición emanada del organismo, le precedió un dictamen de la Dirección General Técnica y Jurídica y la respectiva notificación fehaciente del acto al interesado.

Respecto a los argumentos invocados por el actor para fundar el presente recurso, sostiene que una correcta interpretación de lo normado en los arts. 27 y 51 del Código Penal de ninguna manera haría desaparecer o tener por no pronunciada la condena penal sufrida por el migrante.

En tal sentido, entiende que la figura prevista por el art. 27 del Código Penal se trata de una dispensa al cumplimiento efectivo de la condena y no tiene que ver con el registro de la condena misma, toda vez que la norma aplicable al caso es el art. 51 del mismo cuerpo legal, pues de acuerdo a ésta última normativa el registro de las sentencias condenatorias caducará a todos sus efectos después de transcurridos diez años desde la sentencia (art. 27) para las condenas condicionales. Agrega que el art. 51 jamás expresa que no se debe informar de las condenas en suspenso, sino que sólo reza que no deberá informarse de

aquellos procesos que hubieran terminado en sobreseimiento o absoluciones.

Pone de relieve que el decreto 616/2010 de Reglamentación de la Ley de Migraciones N° 25.871 refiere que, a los fines previstos en el art. 29, incisos c),e),f),g) y h), el antecedente o la condena que se registre en el país deberán ser acreditados por informe de la Dirección Nacional del Registro Nacional de Reincidencia o con copia certificada emitida por la autoridad judicial competente y que el registro de las sentencias condenatorias caducará conforme lo dispuesto en el art. 51 del Código Penal.

Rechaza el argumento expuesto por el recurrente en cuanto a que su caso no encuadraría en el impedimento establecido por el art. 29 inc. c) de la ley 25.871 por tratarse de una condena menor a tres años, entendiendo que dicha norma dispone que todo extranjero que sea condenado a alguna de las penas previstas en el artículo 5 del Código penal o que la esté cumpliendo, cualquiera que sea el delito que se le impute y cualquiera sea la duración de la condena, y aún en el supuesto de que se trate de una condena de ejecución condicional, cae en el impedimento de ingreso y permanencia allí establecido.

En cuanto a la reunificación familiar invocada por el recurrente, destaca que hasta la interposición de la presente acción el extranjero jamás solicitó la dispensa prevista en tal sentido en la ley migratoria, ni siquiera en el escrito de denuncia de ilegitimidad oportunamente impetrado.

Aduce que el principio de reunificación familiar no es una herramienta que la Dirección Nacional de Migraciones pueda aplicar directa e individualmente, sino que requiere la previa intervención del Ministerio del Interior. Explica que aconsejada por la Dirección Nacional de Migraciones la aplicación del procedimiento establecido en el art. 29 "in fine" de la ley 25.871, el mencionado ministerio mediante la suscripción de puño y letra del Sr. Ministro de la resolución correspondiente admite excepcionalmente o no, mediante resolución fundada, al extranjero por razones humanitarias o de reunificación familiar en el país, en la categorías de permanentes o temporarios.

3.- A fs. 188 se proveen las pruebas ofrecidas por el recurrente, produciéndose las mismas entre las fs. 189/256, poniéndose a



Poder Judicial de la Nación

JUZGADO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
FEDERAL 3

fs. 257 los autos en Secretaría para alegar, habiendo la parte actora hecho uso de ese derecho a fs. 268/273, quedando a fs. 275 los autos en condiciones de dictar sentencia definitiva.

4.- 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° 21676842006 -que en copia obra agregado a fs. 32/126-, las actuaciones se inician con la solicitud de residencia en el país presentada con fecha 07.07.06 por el Sr. Jhon Darwin García Castro, de nacionalidad uruguaya, 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 12.03.09 el Director General Técnico-Jurídico de la Dirección Nacional de Migraciones emitió el dictamen N° 1712, en el cual aconsejó denegar el beneficio solicitado por el extranjero, declarar irregular su permanencia en el país, ordenar su expulsión del territorio nacional y prohibir su reingreso al país por el término de 5 años.

Para así dictaminar tuvo en cuenta lo informado por el Registro Nacional de Reincidencia en cuanto a que, en fecha 12 de abril de 2004, el Tribunal Oral en lo Criminal N° 17 de Capital Federal, en la causa N° 1195/1563, condenó al causante a la pena de 1 año de prisión en suspenso, por ser autor del delito de portación de arma de uso civil sin la debida autorización en concurso real con el robo en grado de tentativa, concluyendo que la situación del extranjero encuadraba en los impedimentos para ingresar y permanecer en el territorio nacional preceptuados en el inciso c) del art. 29 de la ley 25.871.

Con fecha 23.03.09, por intermedio de la Disposición DNM-PG N° 184384 -notificada al interesado el 08.05.09-, el Sr. Coordinador Operativo del Programa Nacional de Normalización Documentaria Migratoria de la Dirección Nacional de Migraciones, por los mismos fundamentos expuestos en el dictamen antes señalado, decidió denegar la solicitud de residencia en el país del Sr. Jhon Darwin García Castro, 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 a la República por el término de 5 años.

Finalmente, con fecha 31.07.09 el extranjero presentó una denuncia de ilegitimidad a fin de que el organismo demandado revoque la decisión adoptada, la cual fue rechazada mediante Disposición DNM N° 264 del 18.02.10.

5.- Que, tal como las cuestiones han sido planteadas, corresponde analizar en primer lugar el argumento del recurrente referido a la errónea aplicación del art. 51 del Código Penal por parte de la Dirección Nacional de Migraciones, en el entendimiento de que la condena en suspenso que se le dictara en el año 2004 no puede ser tenida como antecedente para la evaluación de su situación migratoria dado que desde el 12.04.08 dicha condena debía tenerse como no pronunciada por aplicación del art. 27 del Código Penal.

Que, respecto de la condenación condicional, el art. 27 del Código Penal dispone -en lo aquí interesa- que “La condenación se tendrá como no pronunciada si dentro del término de cuatro años, contados a partir de la fecha de la sentencia firme, el condenado no cometiere un nuevo delito. Si cometiere un nuevo delito, sufrirá la pena impuesta en la primera condenación y la que le correspondiere por el segundo delito, conforme con lo dispuesto sobre acumulación de penas. La suspensión podrá ser acordada por segunda vez si el nuevo delito ha sido cometido después de haber transcurrido ocho años a partir de la fecha de la primera condena firme. Este plazo se elevará a diez años, si ambos delitos fueran dolosos”.

Que, para la opinión más autorizada la frase “no pronunciada”, quiere decir, únicamente, que la pena no podrá ya ser ejecutada, es decir, hecha cumplir. Pero no importa la rehabilitación del condenado, y el mismo puede ser considerado reincidente, si comete un nuevo delito dentro del plazo fijado para no tener en cuenta las condenas anteriores a los efectos de considerar al reo como reincidente (conf. TRATADO DE DERECHO PENAL, Fontán Balestra, Carlos, Editorial Abeledo Perrot, Edición, 1995).

Ello así, desde ya adelanto que no cabe sostener -tal como lo hace el recurrente- que transcurridos cuatro años desde el dictado de una sentencia condenatoria, no resulta posible considerar la existencia de dicha condena a otros efectos jurídicos.

Nótese que una condena condicional puede computarse



Poder Judicial de la Nación

JUZGADO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
FEDERAL 3

tanto para la declaración de reincidencia -pues la sentencia se dicta y queda firme, sólo se suspende la ejecución de la pena-, como para el supuesto previsto por el segundo párrafo del artículo 27 antes transcrito, en cuanto a la posibilidad de dictar una segunda condena condicional, transcurridos diez años desde el dictado la primera condena.

Por su parte, el art. 51 del Código Penal, establece que “Todo ente oficial que lleve registros penales se abstendrá de informar sobre datos de un proceso terminado por sobreseimiento o sentencia absolutoria. En ningún caso se informará la existencia de detenciones que no provengan de la formación de causa, salvo que los informes se requieran para resolver un hábeas corpus o en causas por delitos de que haya sido víctima el detenido. El registro de las sentencias condenatorias caducará a todos sus efectos: 1. Después de transcurridos diez años desde la sentencia (art. 27) para las condenas condicionales...”.

Respecto a éste artículo, cabe señalar que el miembro informante de la Cámara de Diputados, el Diputado Lorenzo Juan Cortese y el Senador Felipe Celli, al momento de discutirse la norma en dicho ámbito, expresaron que el nuevo texto del art. 51 del Código Penal se fundó en la necesidad de evitar “etiquetamientos” sociales estableciendo que no se informan las condenas cuando dejan de ser “legalmente útiles”.

Lo hasta aquí considerado, permite advertir que por su propio texto, las normas en cuestión se refieren a distintas situaciones y ambas deben tener un armónico espacio de aplicación sin forzados solapamientos. En efecto, mientras que el art. 27 se refiere a las consecuencias jurídicas o efectos que devienen de la existencia material de una condena de ejecución condicional sobre la condena que se impone por un delito cometido en el término de diez años posteriores, el art. 51 se refiere a la prohibición de dar información sobre ciertos registros penales de los ‘entes oficiales’ que tienen la función de llevarlos (conf. Cámara Nacional de Casación Penal, Sala II, in re “Díaz, Jorge N. s/ recurso de casación”, causa nº 9323, del 29.06.10).

Por lo expuesto, en la especie, no encuentro óbice alguno para que la Dirección Nacional de Migraciones, al momento de dictar la disposición Nº 184.384, del 23.03.09, haya tenido en cuenta lo informado por la Dirección Nacional del Registro Nacional de Reincidencia respecto

de la sentencia dictada contra el Sr. Jhon Darwin García Castro con fecha 12.04.04.

Finalmente, cabe agregar que el Decreto 616/10 al reglamentar el art. 29 de la Ley 25.871 establece -en su parte pertinente- que "El antecedente o la condena que se registre en el país deberán ser acreditados por informe de la DIRECCION NACIONAL DEL REGISTRO NACIONAL DE REINCIDENCIA o con copia certificada emitida por la autoridad judicial competente. En ambos casos, el registro de las sentencias condenatorias caducará conforme lo dispuesto en el artículo 51 del CODIGO PENAL DE LA NACION".

Las consideraciones que llevo expuestas resultan, en mi criterio, suficientes para rechazar el argumento del recurrente en cuanto a que la condena dictada en su contra con fecha 12.04.04 no podía ser utilizada por la demandada para evaluar su situación migratoria.

6.- Que, resta analizar el agravio relativo a que el impedimento de permanencia en el país previsto por el art. 29 inc. c) de la ley 25.871 se refiere a condenas por delitos cuya pena sea de 3 o más años de pena privativa de la libertad, con lo cual no sería aplicable al caso de autos.

Que, el art. 29 inc. c) antes mencionado, 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...".

Que, si bien la redacción de dicho artículo resulta algo confusa en los términos utilizados, la interpretación debe hacerse de manera armónica con el espíritu de la propia ley que la contiene, así como del decreto que la reglamenta (decreto 616/10).

En tal sentido, me interesa señalar que la ley 25.871 ha introducido un cambio de paradigma en la política migratoria argentina. Este nuevo paradigma, se construye a partir de erigir al "derecho a migrar" como derecho humano -esencial e inalienable de la persona- e impone la consecuente obligación del Estado argentino de garantizarlo



Poder Judicial de la Nación

JUZGADO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL 3

sobre la base de los principios de igualdad y universalidad (art. 4, ley 25871). Como corolario de ello, la ley migratoria tiende a la regularización del migrante y por eso mismo es que la expulsión es una medida extrema y de última rattia (conf. Cámara Federal de Apelaciones de Paraná, in re "Dai, Jianqing y otros c/ DNM s/ habeas corpus", del 11.06.11).

En efecto, la ley de Política Migratoria Argentina, 25.871, estableció una variación sustancial a tener en cuenta para la admisión de extranjeros. Es particularmente relevante para decidir esta cuestión, el art. 3 inc. d) que prescribe como una de las finalidades de la norma "garantizar el ejercicio del derecho a la reunificación familiar" y el inc. f) del artículo citado asegura "a toda persona que solicite ser admitida en la República Argentina de manera permanente o temporaria, el goce de criterios y procedimientos de admisión no discriminatorios en términos de los derechos y garantías establecidos por la Constitución Nacional, los tratados internacionales, los convenios bilaterales y las leyes".

Por otro lado, si bien el art. 29 determina una serie de impedimentos al ingreso y permanencia de extranjeros, puede advertirse la importancia que reviste el principio de unidad familiar en materia de inmigración, al otorgarle competencia a la autoridad de aplicación para admitir, excepcionalmente, por razones humanitarias o de reunificación familiar, a extranjeros que se encuentren comprendidos en algunas de las causales que obstan a su ingreso (art. 29 último párrafo).

Asimismo, en lo relativo a la definición de la política general en la materia, el Decreto 616/2010 es explícito, ya que deja establecidas sus diferencias con las regulaciones anteriores. Lo expresado en el párrafo octavo de su considerando determina, siguiendo el contenido conceptual de la ley que reglamenta, la dirección que tienen los cambios introducidos al afirmar: "...nuestro país ha redefinido su política migratoria respecto de la cerrada, arbitraria y expulsiva política de antaño, en procura de la protección de las personas en el goce de sus derechos".

Ello sentado, atendiendo la finalidad que tuvo en miras el legislador al redefinir la nueva política migratoria, considerando a la expulsión como una medida extrema y de última rattia, por aplicación del principio pro homine, en cuanto propicia que debe acudirse siempre a la norma más amplia o a la interpretación más extensa cuando se trata de reconocer derechos protegidos, considero razonable la interpretación

efectuado por el recurrente en cuanto a que el impedimento para la permanencia en el territorio nacional, previsto en el inc. c) del art. 29 de la ley 25.871, se refiere a extranjeros condenados por delitos cuya pena sea de 3 o más años de prisión.

En efecto, no se advierten fundamentos que expliquen que el legislador haya previsto esa condición únicamente para el caso de los extranjeros con “antecedentes”, y no para el caso de los extranjeros “condenados”.

Ello así, teniendo en cuenta que por sentencia del 12.04.04 el Tribunal Oral en lo Criminal Nº 17 condenó al Sr. Jhon Darwin García Castro a la pena de un año de prisión cuyo cumplimiento se dejó en suspenso, entiendo que su situación no encuadra en la causal que obsta a su permanencia en el país, prevista en el inc. c) del art. 29 de la ley 25.871.

Que, las conclusiones arribadas en éste punto resultan suficientes para revocar la disposición impugnada y hace que sea inoficioso examinar el restante agravio formulado por el actor.

*Por ello, **RESUELVO:** Hacer lugar al recurso interpuesto y revocar la Disposición Nº 184.384, haciéndole saber a la Dirección Nacional de Migraciones que deberá proceder de acuerdo a lo establecido por el art. 20 de la ley 25.871, dotando al recurrente de las constancias documentales suficientes.*

En atención a la forma en que se resuelve, a las dificultades interpretativas que la cuestión presenta, estimo adecuado distribuir en el orden causado las costas del proceso, (art. 68, segunda parte, del CPCCN).

Regístrese y notifíquese.



Poder Judicial de la Nación

**JUZGADO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
FEDERAL 3**