



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

38315/2017

██████████, c/ EN -M INTERIOR - DNM s/RECURSO  
DIRECTO DNM

Buenos Aires, de abril de 2018.- FR

VISTOS Y CONSIDERANDO:

El señor Juez de Cámara, Jorge F. Alemany dijo:

I. Que, por medio de la sentencia de fs. 105/108 se rechazó el recurso judicial interpuesto por el señor contra la Disposición nro. 1751, del 9 de enero de 2006, y su confirmatoria nro. 101.768, del 24 de mayo de 2017, de la Dirección Nacional de Migraciones, por medio de las cuales se había declarado irregular su permanencia en el país; y se había ordenado su expulsión y la prohibición de reingreso por el término de 8 años. Asimismo, se autorizó la retención del demandante al solo y único efecto de materializar su expulsión, una vez que quedara firme el pronunciamiento.

En primer lugar, cabe señalar que en esa sentencia se desestimó el planteo de inconstitucionalidad del Decreto de Necesidad y Urgencia nro. 70/17, formulado por la parte actora en los términos expuestos por el Fiscal Federal agregado a fs. 102/103, quien sostuvo que la situación migratoria del demandante había sido resuelta con base en la normativa vigente con anterioridad a la reforma introducida por el Decreto 70/17. Asimismo, se precisó que en el caso no se había afectado el derecho de defensa del señor ██████████, pues había podido plantear los recursos pertinentes y se les había dado el trámite correspondiente.

En cuanto al fondo de la cuestión, señaló que no estaba controvertido que el actor había sido condenado en sede penal en diversas oportunidades, y que ello resultaba suficiente para desestimar el recurso judicial intentado. Agregó que, no se había logrado desvirtuar la presunción de legitimidad de los actos



administrativos impugnados; que cumplían los requisitos esenciales previstos en el artículo 7 de la ley 19549; y no se advertía violación o inobservancia de lo establecido en el régimen legal aplicable.

Además, sostuvo que la dispensa y/o excepción prevista en el artículo 29 de la Ley 25871 constituye una facultad discrecional otorgada a la Dirección Nacional de Migraciones que, excepcionalmente, puede acordarla mediante resolución fundada, pero que en el caso decidió no conceder. Destacó que la administración había tenido especialmente en cuenta su condición de padre de hijos argentinos, y había concluido que no podía prevalecer el derecho de reunificación familiar del interesado, pues las sucesivas condenas por una serie de los delitos contra la propiedad obstaban a la revisión del temperamento oportunamente adoptado. Señaló que esa decisión no resultaba arbitraria ni irrazonable, y que lo contrario importaría vedar ilegítimamente a la Administración el ejercicio de su potestad primaria respecto del alcance del derecho de reunificación familiar, menoscabando un principio básico de nuestra organización institucional como es el de la división de poderes. Además, agregó que entre los objetivos de la Ley 25.871 no solo se encuentra el de resguardar el derecho de reunificación familiar de los migrantes sino también el de preservar la seguridad y la justicia denegando el ingreso o permanencia en el territorio argentino a toda persona involucrada en delitos.

Por otra parte, desestimó el agravio relativo a la afectación del principio non bis in ídem, por considerar que aquel no tenía el alcance pretendido por el recurrente; toda vez que, en principio, no excluye la aplicación de más de una sanción por un mismo hecho. Lo que está vedado por ese principio, es la aplicación de más de una sanción cuando concurren las tres identidades clásicas, es decir, de persona, objeto y causa, supuesto no configurado en el caso.

II.- Que contra esa sentencia, a fs. 109/116 se presentó el señor Pedro R. Schwartz, Defensor Público Coadyuvante, en representación de los niños





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO  
FEDERAL- SALA V

█ y apeló y expresó agravios a fs. 109/116.

En síntesis, se agravia de la sentencia apelada, por considerar que la interpretación formulada es inconstitucional porque afecta el derecho de reunificación familiar del recurrente. En tal sentido, sostiene que no se ha realizado el control de convencionalidad, ni la razonabilidad de la medida, por no haber considerado los vínculos familiares forjados por el migrante ni las penurias que provocaría la deportación del migrante para su familia; en particular, con respecto a sus tres hijos menores de edad que se encuentran a su cuidado, █ de 15, 13 y 8 años de edad.

Al respecto, señala que ellos están consolidando el vínculo con su padre, y dependen de él no solo en lo que respecta a su alimentación sino también en lo emocional y psicológico. Destaca que, en la sentencia no se tuvo en cuenta el interés superior de aquellos que obliga al Estado a privilegiar los derechos de los niños. Agrega que, de conformidad con lo expuesto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la causa "Lupsa vs. Rumania" y el comité de Derechos del Niño en la Observación General nro. 14 de 2013, la separación del niño de su grupo familiar solo se admite de manera "excepcional".

Por tales motivos, y en virtud de que en la sentencia apelada no se ha tenido particularmente en cuenta el interés superior de sus defendidos, sostiene que corresponde hacer lugar al recurso de apelación, y solicita que se revoquen las resoluciones impugnadas.

III.- Que, la parte actora apeló y expresó agravios a fs. 125/128, los que fueron replicados a fs. 146/158 por la Dirección Nacional de Migraciones.

Al respecto, sostiene que la interpretación efectuada en la sentencia apelada es inconstitucional por afectar el derecho de reunificación familiar del demandante. También, señala que se ha omitido valorar los vínculos familiares invocados, y el arraigo al país. En tal sentido, afirma que el a quo no



realizó el correspondiente “test de razonabilidad” de la medida adoptada, ponderando el interés legítimo del Estado con la consecuente afectación de derechos derivada de la expulsión. Destaca que tanto la Ley 25.871 como los tratados internacionales con jerarquía constitucional reconocen una protección especial a la familia y a la vida familiar, y que, en el caso, se ha omitido considerar el interés superior de los hijos menores de edad del recurrente.

IV.- Que a fs. 164/166, dictaminó el señor Fiscal Federal coadyuvante ante esta Alzada.

V.- Que, con respecto 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, 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 discrecionales (Fallos 284:150; 328:651, y sus citas; c. nro. 3061/2017 “Centro De Estudio Legales Y Sociales y Otros C/ EN-DNM S/Amparo Ley 16.986”, del 22 de marzo de 2018). En tal sentido, corresponde destacar que en el artículo 7, inciso e), de la Ley 19.549 se establece que la motivación es 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 de esa legitimidad” (Gordillo, Agustín: Tratado de Derecho Administrativo, FDA, Buenos Aires, 2000, TIII, pág. X-15).

Por otra parte, la Corte Europea de Derechos Humanos ha señalado que es propio de los Estados para





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO  
FEDERAL- SALA V

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. En efecto, 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 ([GC] no. 1638/03, ECHR 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, 21 June 1988, § 28, Series A no. 138).

Ese Tribunal estableció, a esos fines, distintos parámetros, tales como: la naturaleza y gravedad del delito cometido; el tiempo que se ha prologando la residencia del extranjero en el país del cual se pretende expulsarlo; el tiempo que ha transcurrido desde que el extranjero ha cometido el delito y la conducta desplegada durante ese periodo de tiempo; los vínculos sociales, culturales y familiares que ha desarrollado con el país donde reside y con el de destino; y la duración de la prohibición de reingreso. Asimismo, también se ha considerado la edad que tenía la persona al momento de cometer el delito (CEDDHH, case of Boultif v. Switzerland (Application no. 54273/00), del 2 de agosto de 2001; case of Külekci v. Austria (Application no. 30441/09), del 1 de julio de 2017; esta Sala, en c. nro. 32762/2017 “Casco Melgarejo, Eladio C/ En-M Interior-DNM S/Recurso Directo DNM”, del 3 de abril de 2018).

De las constancias agregadas a las actuaciones administrativas, surge que el señor [REDACTED] fue condenado por la comisión de varios delitos contra la propiedad. En efecto, en el año 1993 fue condenado a la pena de 6 meses de prisión en suspenso, por ser autor del delito de robo simple; en el año 1996, fue condenado a la pena de 2 años y 8 meses por ser responsable del delito de robo calificado por su comisión en poblado y en banda; en el año 2000 se lo condenó a la pena única de 7 años de prisión; en el año 2001, se le impuso una pena de 1 año de prisión por el delito de robo, se lo declaró reincidente, y fijó una pena única de 7 años y 6 meses; en el año 2007, se lo condenó a la pena de 5 meses de prisión,



por ser considerado responsable del delito de robo en grado de tentativa, en concurso real con daño calificado; y, finalmente, en el año 2014; fue condenado a la pena de 1 año y 10 meses por ser considerado penalmente responsable del delito de robo agravado, en grado de tentativa (cfr. fs. 3, 46, 169/170, 203/204, y 230).

Sin embargo, cabe recordar que en el último párrafo del artículo 29 de la Ley 25.871, vigente al momento del dictado de la Disposición nro. 1751/06, se 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 temporarios, mediante resolución fundada en cada caso particular, a los extranjeros comprendidos en el presente artículo”. En efecto, es la Dirección demandada, en su carácter de autoridad de aplicación del régimen establecido por la Ley 25.871, quien debió expedirse de manera concreta y circunstanciada con respecto a la situación familiar del recurrente, en particular, los aspectos vinculados a la existencia de los 3 hijos argentinos menores de edad del recurrente que residen en el país: [REDACTED] y al mantenimiento o a la disrupción del vínculo familiar.

Ello es así pues la dispensa 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.

Al respecto, el Director de Control de Permanencia del organismo demandado se limitó a señalar que “atento a la naturaleza del delito por el que el extranjero ha sido condenado y al tenor de la pena impuesta esta instancia entiende que no corresponde la aplicación de la dispensa ministerial”. Por su parte, al rechazar el recurso jerárquico interpuesto por el señor [REDACTED] contra la Disposición 1751/06, el Director Nacional de Migraciones destacó que “las sucesivas condenas recaídas en su





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO  
FEDERAL- SALA V

contra obstan a la revisión del temperamento oportunamente adoptado”. Además, señaló que los “fundamentos en que se sustenta la presentación realizada no producen una modificación en los presupuestos sobre los que se han dictado las medidas, no se agregan elementos que permitan modificar lo resuelto en autos, y por ende, resulta inmovible el temperamento adoptado en consecuencia mediante el acto administrativo aludido” (fs. 281 y 308).

En tal sentido, la Corte Suprema en Fallos 324:18606 “Lema” ha señalado que no existen formas rígidas para el cumplimiento de la exigencia de motivación explícita del acto administrativo, la cual debe adecuarse, en cuanto a la modalidad de su configuración, a la índole particular de cada acto administrativo, y a su finalidad concreta. Sin embargo, y pese a lo señalado en la sentencia apelada, el hecho de que la facultad prevista en el artículo 29 de la Ley constituya una atribución discrecional 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).

En tales condiciones, toda vez que la parte demandada no motivó adecuadamente el acto administrativo por medio del cual se declaró irregular la permanencia del señor y ordenó su expulsión del territorio nacional, corresponde hacer lugar al recurso judicial interpuesto a fs. 2/18, revocar la disposición nro. 1751/06 y su confirmatoria nro. 101.768/17, y remitir las actuaciones a la autoridad migratoria para que evalúe nuevamente la situación migratoria de la accionante teniendo en especial consideración la situación concreta en la que se encuentran los hijos menores de edad del recurrente, y el vínculo conformado con esos familiares que se encuentran radicados de manera permanente en el territorio nacional, de conformidad con los términos del presente fallo.

Por tales motivos, corresponde: 1º) Hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por la parte actora, revocar la sentencia apelada, y, en consecuencia, hacer lugar a la demanda



interpuesta en estas actuaciones; 2º) Declarar la nulidad de la disposición nro. 1751/06 y su confirmatoria nro. 101.768/17, de la Dirección Nacional de Migraciones; y 3º) Remitir las actuaciones a la autoridad migratoria para que dicte un nuevo acto de conformidad con lo expuesto en el considerando 5º del presente pronunciamiento; 4º) Imponer las costas de ambas instancias 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 VOTO.-

El señor Juez de Cámara, doctor Gallegos Fedriani, adhiere al voto que antecede.-

El Sr. Juez de Cámara, Dr. Guillermo F. Treacy dijo:

Que adhiero en lo sustancial a los fundamentos y a la decisión propuestas en el voto que antecede. No obstante ello, resulta pertinente agregar que -tal como lo advertí en la causa "D.E.W. c/ EN-Mº Interior-DNM-Resol 308/12 (Expte 708221/84) y otro s/ Recurso Directo DNM", Expte. Nº 26.909/12, sentencia del día de la fecha- en los casos en los que las medidas de expulsión y prohibición del reingreso al país puedan afectar el interés superior del niño (conf. art. 3 inc. 1 de la Convención Sobre los Derechos del Niño), situación que aquí se verifica, la Administración debe aplicar el estándar de razonabilidad sentado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva OC-21/14 *Derechos y Garantías de Niñas y Niños en el Contexto de la Migración y/o Necesidad de Protección Internacional* (conf. art. 75 inc. 22 de la CN).

En consecuencia, corresponde revocar la sentencia apelada y devolver las presentes actuaciones a la DNM a fin de que dicte un nuevo acto administrativo con arreglo a lo expuesto en el presente decisorio, con costas en el orden causado (conf. art. 68 segundo párrafo del CPCCN).

ASÍ VOTO.-







Poder Judicial de la Nación

**CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO  
FEDERAL- SALA V**

En virtud de las consideraciones del acuerdo que antecede, el Tribunal, RESUELVE: 1º) Hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por la parte actora, revocar la sentencia apelada, y, en consecuencia, hacer lugar a la demanda interpuesta en estas actuaciones; 2º) Declarar la nulidad de la disposición nro. 1751/06 y su confirmatoria nro. 101.768/17, de la Dirección Nacional de Migraciones; y 3º) Remitir las actuaciones a la autoridad migratoria para que dicte un nuevo acto de conformidad con lo expuesto en el considerando 5º del presente pronunciamiento; 4º) Imponer las costas de ambas instancias en el orden causado, en atención a las particularidades y lo novedoso de la cuestión debatida (art. 68, segunda parte, y 272 del CPCCN).-

Regístrese, notifíquese, y devuélvase.-

**Jorge. F. Alemany**

**Guillermo F. Treacy**  
(por su voto)

**Gallegos Fedriani**

