



Poder Judicial de la Nación

JUZGADO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

FEDERAL 1

Causa N° 90248/2017, MARCA CHOQUE, J. E. c/ EN- M

INTERIOR-DNM s/RECURSO DIRECTO DNM

Buenos Aires, de noviembre de 2018.- gjs

Y VISTA:

La presente causa caratulada del modo que se consigna en el epígrafe, de cuyas constancias,

RESULTA:

I.- Que a fs. 2/13vta. la señora Defensora Pública Coadyuvante, integrante de la Comisión del Migrante de la Defensoría General de la Nación, en representación del Sr. [J.] E. Marca Choque, promueve la presente acción de revisión judicial contra la Disposición SDX N° 121454, dictada el 30/06/17 y contra la Disposición SDX N° 235240 del 27/11/17, ambas correspondientes al expediente DNM N° 130220/2009; requiriendo, a su vez, que se declare la inconstitucionalidad del art. 6 (modificadorio del art. 62 de la Ley 25.871), y de los arts. 7, 9 y siguientes (por los que se reguló el Procedimiento Migratorio Especial Sumarísimo), del Decreto de Necesidad y Urgencia N° 70/17, por entender que lesionan, restringen, alteran y amenazan, con arbitrariedad e ilegalidad manifiesta, derechos y garantías contemplados en la Constitución Nacional e Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos con jerarquía constitucional.

Manifiesta que corresponde la aplicación al caso de la ley N° 25.871 sin las modificaciones introducidas por el Decreto N° 70/17, pues ella era la norma vigente al inicio de las actuaciones administrativas, la que, por otra parte, resulta más benigna para el administrado.





Poder Judicial de la Nación

JUZGADO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

FEDERAL 1

Sostiene que la D.N.M. ha dictado una disposición arbitraria e ilegal, al haber fundado la expulsión del actor en una norma no aplicable al caso, toda vez que el art. 62 dispone que en el supuesto que el residente hubiese sido condenado judicialmente en la Republica por delito doloso que merezca pena privativa de libertad mayor a cinco (5) años, deberá transcurrir un plazo de dos (2) años para que se dicte resolución definitiva de cancelación de residencia.

Expone que mediante el dictado de la Disposición DNM N° 157658 del 3/11/09 el Sr. Marca Choque obtuvo residencia permanente en la Argentina. Luego, el 30/06/17 mediante el dictado de la Disposición SDX N° 121454, canceló la dicha residencia permanente otorgada en favor del actor, ordenó su expulsión y prohibió su reingreso con carácter permanente por considerar que se encontraba encuadrado dentro de los supuestos previstos en el art. 62 inc. b) de la ley 25.871.

Ante ello, la Comisión del Migrante interpuso un recurso, que fue rechazado mediante la Disposición SDX N° 235240 del 27/11/17. El rechazo fue notificado el 12/12/17, lo que motivó la presentación del recurso de revisión judicial de marras.

Señala que el actor vive hace ocho años en el país. Aquí formó su familia y su pareja, de nacionalidad argentina, con quién tuvo una hija. Menciona, que si bien se encuentra en trámite el reconocimiento de la niña, cumple con todos los deberes derivados de su paternidad. Destaca que con la orden de expulsión, se le está negando la posibilidad de continuar viviendo en el país, produciéndole un perjuicio irreparable con consecuencia devastadoras para todos los integrantes de su familia.

Respecto al fondo de la cuestión, alega que dada la calidad residente permanente del Sr. Marca Choque, el piso cuantitativo establecido por el art. 62 inc. b) de la ley de





Poder Judicial de la Nación

JUZGADO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

FEDERAL 1

migraciones -en su redacción original- y que posee una condena penal única de tres años de prisión; la Dirección Nacional de Migraciones se ha extralimitado al ordenar su expulsión. Lo cual lleva a la ineludible conclusión que, se ha dictado una disposición arbitraria e ilegal, además de no haberse respetado los plazos establecidos en dicha norma para su dictado.

Considera inconstitucional la decisión recurrida por no fundar el rechazo de la reunificación familiar planteada como motivo de dispensa prevista por la Ley de Migraciones. También estima que la decisión es irrazonable, por las consecuencias altamente disvaliosas que le generan al extranjero.

A todo evento, solicita la declaración de inconstitucionalidad del Procedimiento Especial Sumarísimo instituido por el decreto N° 70/17. Alega que, no respeta las garantías del debido proceso legal, de acuerdo a lo establecido en los arts. 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, entre otras.

Asimismo, solicita se declare la inconstitucionalidad del art. 6 del decreto 70/17, modificatorio del art. 62 de la ley 25.871 que suprimió el piso mínimo legal de la pena, lo cual se encuentra expresamente vedado por el art. 99 inc. 2 de la Constitución Nacional, así como del art. 7 del decreto mencionado en tanto invade la esfera del poder judicial impidiendo el control judicial suficiente.

Finalmente, ofrece prueba y formula reserva de caso federal.

II.- Que, a fs. 18/52vta. la Dirección Nacional de Migraciones evacuó el informe previsto en el artículo 69 septies, de la Ley N° 25.871, solicitando el rechazo de las pretensiones del actor.





Poder Judicial de la Nación

JUZGADO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

FEDERAL 1

Resume las circunstancias acaecidas en sede administrativa, a fin de demostrar que los actos administrativos dictados en relación al extranjero no surge el menor menoscabo por violación o incumplimiento de lo establecido por la normativa procesal administrativa y migratoria.

Expresa que el recurso judicial previsto en el art. 69 septies, así como la consecuente intervención y decisión del órgano judicial competente para entender respecto de ellos, deben limitarse únicamente al control de la legalidad, debido proceso y razonabilidad del acto impugnado, pues así lo establece el art. 89 de la Ley N° 25.871.

Afirma que la situación encuadra específicamente en el supuesto contenido en el art. 62, inc. b) de la ley migratoria, por lo que la expulsión se encuentra plenamente justificada al ser de carácter objetivo.

Respecto del otorgamiento de la dispensa ministerial por reunificación familiar, manifiesta que es una facultad excepcional y propia de la Administración. Agrega que el migrante no ha demostrado un comportamiento acorde a la situación de padre que invoca.

Se opone también a la declaración de inconstitucionalidad solicitada, ya que estima que los estados tienen amplias potestades y soberanía suficiente para decidir los criterios de admisión y expulsión de las personas no nacionales, incluidos aquellos en situación irregular.

De esta forma, pone de relieve que, en línea con los objetivos de la Ley de Migraciones, atendiendo a particulares razones de oportunidad, mérito y conveniencia, el Poder Ejecutivo Nacional dictó el Decreto de Necesidad y Urgencia N° 70/17. Dicho decreto tuvo por objeto adoptar medidas orientadas a contribuir al sostenimiento de la seguridad, teniendo en consideración que existe





Poder Judicial de la Nación

JUZGADO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

FEDERAL 1

una situación de grave perturbación social y política, en tanto existe una emergencia en Seguridad Pública Nacional que justifica la modificación de las normas en materia migratoria, en casos en los que personas de nacionalidad extranjera que se encuentran involucradas en hechos delictivos. Al respecto, resulta claro que tanto el bien común como el interés general de la sociedad podrían verse afectados por las graves consecuencias que generan los delitos.

Descarta cualquier afectación de las facultades legislativas del Congreso, pues se dio cumplimiento a lo dispuesto en la Ley N° 26.122 -sobre el trámite y los alcances de la intervención del honorable Congreso de la Nación con relación a los decretos que dicta el Poder Ejecutivo Nacional-, sometiendo en tiempo y forma el DNU N° 70/17 al análisis que le compete a la Comisión Bicameral Permanente.

Agrega que, por otro lado, las facultades reglamentarias son de competencia exclusiva del Poder Ejecutivo, de forma tal que éste se encuentra habilitado para establecer condiciones, requisitos, limitaciones o distinciones, aun cuando no hayan sido contempladas por el legislador de manera expresa, siempre que se ajusten al espíritu de la norma reglamentada o sirvan –razonablemente– a la finalidad esencial que ella persigue, por lo que resultan parte integrante de la ley reglamentada y gozan de la misma validez y eficacia.

En el punto VIII de su presentación, solicita –para el caso de que la sentencia resulte favorable a la legalidad de la expulsión dictada–, que el Tribunal se expida sobre la procedencia de la retención prevista en el art. 70, de la Ley N° 25.871, conforme lo normado en los art. 69, septies y octies, de ella, la que se ejecutaría al tiempo en que quede firme el pronunciamiento de autos.





Poder Judicial de la Nación

JUZGADO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

FEDERAL 1

Por último, ofrece prueba, se opone a la ofrecida por el actor y formula reserva del caso federal.

III.- Que a fs. 101 la actora acompaña la prueba documental y amplía su ofrecimiento de prueba informativa y testimonial.

IV.- Que a fs. 104/104vta., la Fiscalía Federal se expidió respecto de la competencia y la habilitación de la instancia

V.- Que corrida la vista correspondiente, a fs. 106/114vta., se presenta el Defensor Público Oficial que actúa en representación de la hija menor de edad del actor y amplía aquéllos fundamentos que considera de interés para la resolución de la *litis*, a los que corresponde remitirse en honor a la brevedad.

VI.- Que a fs. 118/119, tras una nueva vista, el señor Fiscal Federal se expidió respecto de la inconstitucionalidad planteada en el escrito de inicio; y, en este estado, a fs. 122 pasaron los autos para dictar sentencia, y

CONSIDERANDO:

VII.- Que, según conocida jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación -apoyada en el buen sentido-, los jueces no están obligados a seguir a las partes en todas sus argumentaciones, sino que basta que se hagan cargo, con adecuada seriedad, de aquéllas conducentes para la justa definición de la contienda (Fallos: 258:301; 256:301; 278:230; 293:466; entre otros).

VIII.- Que, de conformidad con las constancias del expediente administrativo N° 130220/2009 – que fuere acompañado a la causa y tengo a la vista –, se observa que el 30 de junio de 2017 se dictó la Disposición SDX N° 121454 por la cual la Dirección Nacional de Migraciones resolvió cancelar la residencia permanente otorgada al Sr. J. E. Marca Choque, de nacionalidad boliviana, declarar irregular su permanencia en el país, ordenar su expulsión y prohibir su reingreso al país con carácter permanente





Poder Judicial de la Nación

JUZGADO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

FEDERAL 1

por considerarlo incurso en el supuesto previsto en el art. 62, inciso b) de la ley 25.871 en su redacción original (v. fs. 63/66 del exp. adm).

Para así resolver, tuvo en cuenta que el Tribunal Oral en lo Criminal N° 18 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires lo condenó a la pena de tres (3) años de prisión en orden al delito de robo agravado por haberse cometido con arma de fuego cuya aptitud para el disparo no puede tenerse por acreditada .

El 12/10/17 la Comisión del Migrante tomó vista del expediente (v. fs. 69) para luego presentar un recurso jerárquico solicitando se revoque la disposición mencionada (v. fs. 70/80).

Seguidamente, el 27/11/17 el recurso interpuesto fue rechazado por la Disposición SDX N° 235240 (v. fs. 102/105).

IX.- Que, en primer lugar, cabe dar tratamiento a la pretendida declaración de inconstitucionalidad de los arts. 6, 7, 9 y siguientes del Decreto N° 70/17, modificatorio de la Ley N° 25.871.

En torno a los arts. 6 y 7 del decreto mencionado, que modificaron el art. 62, inc. b) e incorporaron el art. 62 bis a la ley 25.871, respectivamente, debe destacarse que resulta insustancial su tratamiento, toda vez que las Disposición SDX N° 121454 impugnada fue emitida al amparo de la Ley N° 25.871 en su redacción original, sin las modificaciones introducidas por el decreto impugnado y pese a que se encontraba vigente al momento de su dictado.

X.- Que, con respecto a la impugnación constitucional del art. 9 del Decreto N° 70/17, referido al Procedimiento Migratorio Especial Sumarísimo, cabe puntualizar que para la procedencia de un planteo como el peticionado, resulta necesario que se efectúe un sólido desarrollo argumental, con fundamentos suficientes para que pueda ser atendido.





Poder Judicial de la Nación

**JUZGADO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
FEDERAL 1**

De esta forma, debe contener no sólo el aserto de que la norma impugnada causa un agravio, sino también la demostración de éste en el caso concreto, ya que la impugnación sobre la cual se sostiene que la normativa atacada afecta garantías constitucionales no resulta suficiente para ejercer la más delicada de las funciones que fueron encomendadas a un tribunal de justicia –que debe ser considerada como la última ratio del orden jurídico y ejercerse sólo cuando la repugnancia con la cláusula constitucional es manifiesta y la incompatibilidad inconciliable, o bien cuando se trate de una objeción palmaria (CSJN, Fallos 327:1899; 326:4727; Fallos: 288:325; 298:511; 302:457; 312:122; 316:2624; 324:920; 327:2551; 329:5567; 331:2068; 333:447, entre muchos otros)–, por lo que no cabe formularla sino cuando un acabado examen del precepto conduce a la convicción cierta de que su aplicación conculca el derecho o garantía constitucional invocados (Fallos 315:924); o si no se ha realizado un desarrollo claro y suficiente sobre el alcance de tales cláusulas constitucionales y su conexión circunstanciada con los hechos materia del caso, todo lo que obsta a la declaración de invalidez de la norma (en sentido concordante, CSJN, doctrina de Fallos 251:121,307:2080; 317:1076, entre muchos otros).

XI.- A la luz de lo expuesto, es preciso advertir que no se observa que el Procedimiento Especial Sumarísimo cuestionado en autos haya afectado garantías constitucionales del señor Marca Choque.

En efecto, la presente acción de revisión judicial fue debidamente sustanciada, respetando su derecho de defensa en juicio, por lo que también corresponde rechazar el planteo de inconstitucionalidad en este punto.

XII.- Que, ingresando al fondo de la cuestión, cabe recordar que la actividad estatal de la Administración tiene como uno de sus rasgos distintivos su carácter potestativo; es decir, la





Poder Judicial de la Nación

JUZGADO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

FEDERAL 1

atribución de imponer conductas obligatorias de modo unilateral por razones de interés público.

Además, es preciso agregar que estas decisiones – en tanto constituyen actos administrativos– quedan sujetas al control judicial, pues dicho control debe ejercitarse a efectos de proscribir la prescindencia arbitraria de la ley (conf. Uslenghi, Alejandro, “Control Judicial de la Potestad Sancionatoria de la Administración”, en AAVV, Control de la Administración Pública, p. 224).

De esta forma, se ha considerado que le incumbe al Poder Judicial - en ejercicio de su actividad revisora de la potestad sancionatoria de la Administración- la verificación de los aspectos reglados del acto, que hacen a la proporcionalidad entre la medida y la finalidad de prevención y punición de la ley (CSJN, “Demchenko”, Fallos 321:3103).

XIII.- Que en concordancia con lo anterior, es preciso señalar que el art. 62 de la norma citada enumera una serie de supuestos ante los cuales la D.N.M. cancelará la residencia que hubiese otorgado y dispondrá la posterior expulsión del extranjero, entre los cuales, y en cuanto aquí interesa, el inc. b) que dispone: *“El residente hubiese sido condenado judicialmente en la República por delito doloso que merezca pena privativa de libertad mayor de cinco (5) años... En el primer supuesto cumplida la condena, deberá transcurrir un plazo de dos (2) años para que se dicte la resolución definitiva de cancelación de residencia, la que se fundamentará en la posible incursión por parte del extranjero en los impedimentos previstos en el art. 29 de la presente ley. En caso de silencio de la Administración, durante los treinta (30) días posteriores al vencimiento de dicho plazo, se considerará que la residencia queda firme.”*





Poder Judicial de la Nación

JUZGADO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
FEDERAL 1

En el caso, no se encuentra en discusión que el actor fue condenado por el Tribunal Oral en lo Criminal N° 18 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a la pena de tres (3) años de prisión en orden al delito de robo agravado por haberse cometido con arma de fuego cuya aptitud para el disparo no puede tenerse por acreditada, por lo que su situación no puede ser encuadrada en la situación descripta.

Ello así dado que la pena impuesta al actor no supera el monto mínimo allí establecido y no existen elementos en las actuaciones administrativas para afirmar que permitan considerarlo inmerso en el segundo supuesto del inciso en cuestión (conf. CNACAF Sala V, causa N° 80077/2017 “M P, c/ EN-M° Interior OP y V – DNM s/ recurso directo DMN” del 29/05/18 y Sala IV, causa N° 74764/2017 “R.O. Y. c/ EN-DNM s/ recurso directo DNM del 24/05/18”).

Por otro lado, resulta llamativo que tanto en las resoluciones cuestionadas como al contestar el informe previsto en el artículo 69 septies de la Ley N° 25.871 la DNM omite cualquier referencia al plazo de dos (2) años previsto en el art. art. 62 inc. b) de la Ley Migratoria para proceder a la cancelación de la residencia permanente en casos como el de autos, a pesar del planteo expreso del actor al respecto y a la fecha de condena informada por el Tribunal señalado (v. fs. 48 exp. adm.)

En consecuencia, los actos administrativos dictados por la accionada presentan vicios en su causa y motivación, elementos esenciales de todo acto administrativo (confr. art. 7, incisos b y e, de la ley 19.549), pues se fundaron en el hecho de que el causante se encontraba inmerso en uno de los supuestos previstos por el art. 62 de la ley 25.871 y las circunstancias y los antecedentes que se ponderaron al tomar tal decisión, no podían ser utilizados válidamente para fundar la expulsión del actor (conf. CNACAF,





Poder Judicial de la Nación

JUZGADO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

FEDERAL 1

Sala I, Causa N°22.428/12 “Rodríguez Buela, Raúl / Defensoría Pública c/ EN-M° Interior – DNM y otro s/ recurso directo DMN” del 09/06/16.).

Por todo lo hasta aquí expuesto, FALLO:

1) Haciendo lugar al recurso interpuesto por el señor J. E. Marca Choque revocando la Disposición SDX N° 121454-dictada el 30/06/17- y la Disposición SDX N° 235240 – dictada el 27/11/17- , correspondientes al expediente N° 130220/2009 del registro de la Dirección Nacional de Migraciones, con costas (art. 68, 1er. párr. del C.P.C.C.N.).

Regístrese, notifíquese y, oportunamente, archívese.

