



Poder Judicial de la Nación
JUZGADO FEDERAL DE MAR DEL PLATA 2

37148/2017

ORTUÑO GUILLEN, R. c/ DIRECCION NACIONAL DE MIGRACIONES s/RECURSO DIRECTO EN LOS TERMINOS DE LA LEY DE POLITICA MIGRATORIA ARGENTINA - LEY 25871

Mar del Plata, 08 de mayo de 2019.-

AUTOS Y VISTOS:

Estos caratulados 37148/2017 "ORTUÑO GUILLEN, R. c/ DIRECCION NACIONAL DE MIGRACIONES s/RECURSO DIRECTO EN LOS TERMINOS DE LA LEY DE POLITICA MIGRATORIA ARGENTINA - LEY 25871" de trámite ante éste Juzgado Federal N° 2 de Mar del Plata, traídos a despacho a los fines de dictar **SENTENCIA DEFINITIVA** y de cuyo examen;

RESULTA:) Que a fs. 25/41 se presenta R. Ortuño Guillén, de nacionalidad boliviana, quien se encuentra detenido en la Unidad Penal nº2 de Sierra Chica, con el patrocinio letrado de la Dra. Paula Susana Muniagurria, Defensora Pública Oficial ante los Juzgados Federales de Primera Instancia de Mar del Plata, promoviendo acción de revisión judicial contra la resolución de fecha 15/11/2017 de la Dirección Nacional de Migraciones (DGM), mediante la cual se declaró irregular su permanencia en el país y se ordenó la expulsión del territorio nacional con prohibición de reingresar en forma permanente.

Relata los antecedentes administrativos del caso, y agrega que reside en la Argentina desde los 9 años de edad, donde también viven sus padres, hermanos, pareja e hijos argentinos menores de edad. Indica que no posee ninguna conexión con su país de nacimiento, ni posibilidad de obtener allí un empleo estable.

Acápiteme aparte realiza la fundamentación jurídica de su planteo, sosteniendo la inaplicabilidad del Dto. 70/2017 a su expediente, ya que éste fue iniciado con anterioridad a su sanción, no procediendo, a su entender, la aplicación retroactiva de dicha normativa.

Plantea luego la inconstitucionalidad de la Resolución nº 2017-1909-APN-SECIMI por falta de fundamentación que a su criterio torna arbitraria la decisión allí adoptada, lo que también conculcó, según afirma, su derecho de defensa en juicio.

Señala también que la DNM incurrió en ausencia de fundamentación por el apartamiento del Instituto de Reunificación Familiar receptada normativamente en el art. 3º inc. d' y 10º de la Ley de Migraciones. Cita normativa y jurisprudencia en su apoyo.

Entiende que en el caso debe efectuarse en juicio de proporcionalidad sobre la medida de expulsión, en razón de los efectos que ésta tendría no sólo sobre su persona, sino también respecto de su familia.

Solicita la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, en tanto afectarse el interés superior del niño de vivir junto a sus padres, y hace un desarrollo del punto remitiéndose a las normas y estándares del derecho internacional de los derechos humanos. Afirma que la DGM no contempló el interés superior del niño, omitiendo cualquier consideración o valoración sobre el punto.

Acápíte aparte fundamenta que la decisión administrativa que impugna vulnera su derecho constitucional a reinsertarse en la sociedad, de conformidad con el fin resocializador que tiene la pena.

Afirma también que dicha decisión resulta violatoria del principio 'ne bis in idem', afirmando que en el caso concurren la pena de prisión y la de expulsión, lo que a su entender resulta violatorio de sus garantías constitucionales.

Hace mención a la competencia y la habilitación de esta instancia judicial, ofrece prueba, hace la reserva del caso federal, confiere autorizaciones y solicita finalmente se haga lugar a la acción, con expresa imposición de costas.

II) Que a fs. 49/70 se presentan las Dras. María Florencia Collado y Natalia Esther Brun, en representación del Estado Nacional – Dirección Nacional de Migraciones, cumpliendo con la elevación del recurso y evacuando el informe circunstanciado previsto en el artículo 69 septies de la Ley 25.871.

Acápíte aparte evacúa el informe de ley conforme lo dispone el artículo 69 septies de la Ley 25.871, haciendo referencia a los antecedentes administrativos. Señala que de las constancias administrativas descriptas no surge el menor menoscabo al interesado por violación o incumplimiento de lo normado por la normativa procesal administrativa.



Poder Judicial de la Nación
JUZGADO FEDERAL DE MAR DEL PLATA 2

Señala que la demanda promovida debe ser desestimada por improcedente, puesto que la situación del actor se encuadra específicamente en el impedimento previsto en el entonces artículo 29 inciso c' de la Ley 25.871.

Transcribe los hechos que considera relevantes acaecidos en torno al expediente administrativo, señalando que atento la condena penal que pesó sobre el ciudadano extranjero a la pena de doce años de prisión, accesorias legales y costas, por resultar autor penalmente responsable de delito de homicidio, la DNM emite el dictamen nº 981 por el que se entiende que deberá cancelarse la residencia permanente oportunamente otorgada, declarar irregular la permanencia y ordena la expulsión del territorio argentino del accionante.

Agrega que por Disposición SDX 208457 se adopta dicha decisión, la que fuera confirmada por la Disposición SDX 259920, la que a su turno fuera confirmada por la Resolución 2017-1909-APN-SEC, mediante la cual se rechaza el recurso de alzada oportunamente interpuesto por el interesado.

Acápiteme aparte, señala que la revisión judicial en este caso está dirigida sólo al cumplimiento de las formalidades del debido proceso adjetivo de los administrados, revisando el cumplimiento de las etapas procedimentales a fin de que no se afecten derechos constitucionales, pero en cuanto a la revisión de la cuestión de fondo su control debe ser restringido a fin de no afectarse facultades que son propias al Poder Ejecutivo.

Desconocen que en el caso sea de aplicación el instituto de la reunificación familiar, ya que según afirman el actor no es ni ha sido cónyuge, hijo soltero menor o hijo mayor con capacidades diferentes. Agrega que el actor alega pero no acredita ser padre de dos menores argentinos.

Señala que esta dispensa es de carácter facultativo y no imperativa para la DNM, y desconoce que el actor tenga vínculos familiares que pudieran someter su trámite a la dispensa excepcional prevista en la ley migratoria.

Destaca la potestad discrecional de la Administración en materia migratoria, señalando que a la accionante le cabe la causal impeditiva de permanencia contenida en el artículo 29 inc., c' de la Ley 25.871, de carácter eminentemente objetiva.

Afirma que en el marco de las potestades estatales, acordes con el ordenamiento internacional que admite la expulsión de extranjeros, tanto la DNM como el

Ministerio del Interior han actuado con legalidad, respetando el debido proceso y la razonabilidad en el dictado del acto motivo de impugnación.

Efectúan luego consideraciones acerca de la constitucionalidad de los artículos 4º, 7º y 9º del Decreto 70/2017, abordando las facultades legislativas del Poder Ejecutivo en el dictado de Decretos de Necesidad y Urgencia, concretamente en la materia bajo examen, a cuyos profusos fundamentos remito en honor a la brevedad.

Defienden luego la constitucionalidad del procedimiento especial sumarísimo, citando jurisprudencia y estándares internacionales en su apoyo, entre otros argumentos.

Sostienen que los menores hijos del accionante no son parte ni en el proceso administrativo ni en el judicial, y citan jurisprudencia en su apoyo. Afirman que mediando orden de deportación se dan una de las excepciones al derecho a la reunificación familiar, en los términos de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Finalmente y en caso de resolver favorablemente sobre la legalidad de la expulsión, solicita se disponga la procedencia de la retención prevista en el artículo 70 de la Ley 25.871.

Ofrecen prueba, hacen la reserva del caso federal, confieren autorizaciones, y peticionan se rechace la acción y se dicte la retención del extranjero.

III) Conferida la vista a la representante del Ministerio Público Fiscal, se presenta a fs. 73/7 la Fiscal Federal Dra. Laura Mazzaferri, quien luego de relatar las circunstancias relevantes, solicita se aplique en el presente caso el criterio sustentado por el suscripto en el precedente 'Suárez Araya'.

Finalmente afirma que el régimen procesal aplicable al caso de marras es el vigente con anterioridad al Dto. 70/2017, y entiende que debe habilitarse la instancia judicial.

IV) A fojas 79/85 se presenta el Dr. Pedro Nicolás Sieghart, Defensor Público Coadyuvante ante los Tribunales Federales de Primera y Segunda Instancia de esta ciudad, en carácter de Asesor de Menores Coadyuvante respecto de los menores de edad M.N.O y D.R.O.

Solicita que se tenga en consideración el interés superior de los nombrados y el principio de unificación familiar.



Poder Judicial de la Nación
JUZGADO FEDERAL DE MAR DEL PLATA 2

V) A fojas 81 el accionante ratifica la gestión judicial efectuada en su nombre por la Dra. Muniagurria, y luego de resolverse la cuestión de competencia trabada en estos autos, a fs. 104 se llaman autos para dictar sentencia definitiva, providencia que se encuentra firme y consentida, y estas actuaciones en condiciones de ser falladas.

Y CONSIDERANDO: I) Que tal como surge de los escritos postulatorios de las partes, tanto la parte actora –R. Ortuño Guillen – como el organismo demandado – Dirección Nacional de Migraciones (DNM) – son contestes en que en el expediente administrativo DNM Nº 3808-1999, se dictó la Disposición Nº 208457, la Disposición Nº 259920, y la Resolución 2017-11909 de la Secretaría del Interior, a través de las cuales se ordenó la expulsión del país del accionante, de nacionalidad boliviana, y la prohibición de reingreso con carácter permanente.

Sin embargo, a fin de delimitar los alcances de la presente controversia, se observa que el representante de la parte actora ha fundado su oposición a la orden de expulsión en dos ejes principales:

a) En primer lugar, ha sostenido que el procedimiento administrativo a través del cual se dictó la expulsión del extranjero habría violado las normas del debido proceso adjetivo, concretamente su derecho de defensa, en la medida en la que la resolución carece a su entender de fundamentación suficiente, en particular respecto a su solicitud de garantía del derecho a la reunificación familiar.

b) En segundo término, se opone a la aplicación de lo que califica ‘pena de expulsión’ por ausencia de fin resocializador, y afectación a la garantía de doble juzgamiento.

A fin de una mayor prolijidad en la exposición, corresponde tratar dichas cuestiones en forma individual, recordando que los jueces no están obligados a considerar todos y cada uno de los planteos de las partes, pues basta que lo hagan respecto de aquellos considerados esenciales y decisivos para el fallo de la causa. En este sentido, la Corte Suprema de Justicia ha sentado la doctrina según la cual los jueces no están obligados a ponderar una por una y exhaustivamente todas las pruebas agregadas a la causa sino sólo aquellas estimadas conducentes para fundar sus conclusiones, ni a analizar todas las

cuestiones y argumentos utilizados que a su juicio no sean decisivos (Fallos 296:445; 297:333 entre otros).

II) Que en cuanto a la ley aplicable al *sub examine*, en razón de las modificaciones introducidas por el DNU 70/2017 a la Ley 25.871, debo señalar que conforme la jurisprudencia de la Corte Suprema, en principio **las leyes de procedimientos tienen efectos inmediatos** y se aplican, por lo tanto, a las causas pendientes, en la medida en que no dejen sin efecto lo actuado de conformidad con leyes anteriores (CSN, 8/10/1944, J.A., 1944-IV, p. 546; 22/8/1938, L.L., t. 11, p. 829; 8/11/1944, L.L., t.36, p. 558 y J.A., 1944-IV, p. 545; 10/11/1944, L.L., t.36, p. 559 (cit. en nota); 26/12/1949, L.L., t. 58, p. 175; 21/7/1952, L.L., t. 68, p. 202), o que modifiquen trámites, plazos y diligencias que hayan tenido principio de ejecución o comenzado su curso (Sup. Corte Buenos Aires, 19/8/1969, J.A. t IV, 1969, p. 590) (Borda, Guillermo A. (2008); Tratado de Derecho Civil, Parte General, Buenos Aires, La Ley, t. I, p. 181).

Siendo así, toda modificación introducida por dicho DNU en lo atinente al procedimiento aplicable, resulta **inmediatamente operativa**, en las condiciones referidas. A contrario, si la modificación legislativa ingresa en **aspectos sustanciales**, como ser las causales impeditivas de ingreso y permanencia de los extranjeros en el territorio nacional, la ley no puede en principio resultar retroactiva, en sintonía con el principio dispuesto en el artículo 7º del CCyC.

En este sentido, la causal impeditiva atribuida a R. Ortuño Guillen por la administración es la prevista en el artículo 29º inc. c' y art. 62.b' de la Ley 25.871 en su redacción anterior al dictado del DNU 70/2017, siendo aquella la norma aplicable al *sub examine*, por ser la vigente al tiempo de constatarse la infracción migratoria.

III) Que en primer lugar corresponde considerar el marco de apertura que ofrece la Constitución Nacional a los extranjeros y al goce de sus derechos, desde su Preámbulo (cuyos fines alcanzan a "...*todos los hombres del mundo que quieran habitar en el suelo argentino*"), hasta la expresa voluntad de promover la inmigración que exhibe el artículo 25, en el marco de la igualdad de derechos referida en el artículo 20 del texto constitucional.

Todo ello, reforzado ahora desde el sistema internacional de los derechos humanos, cuyo principio '*pro persona*' obliga a buscar al intérprete la solución que mayor



Poder Judicial de la Nación
JUZGADO FEDERAL DE MAR DEL PLATA 2

intensidad de tutela brinde al goce de los derechos humanos consagrados en los instrumentos internacionales y el orden jurídico interno de los Estados (art. 29 CADH).

El **artículo 20 CN** referido, en su primera parte, ofrece un principio que debe guiar al intérprete en materia de igualdad de derechos entre nacionales y extranjeros: *“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.”*

De esta norma se extrae sin mayor esfuerzo el derecho de todo extranjero a fijar su residencia en el país, que como todo derecho, admite límites a través de la reglamentación que disponga el Congreso (art. 14 CN) en la medida que no sea alterado (art. 28 CN).

El punto estriba en que los límites que imponga la reglamentación no alteren en forma sustancial el principio de igualdad de derechos entre nacionales y extranjeros consagrado en el artículo 20 CN, ni produzcan una alteración irrazonable del derecho en cuestión.

No obstante, siguiendo aquí al voto del Juez Fayt en el precedente “Repetto” de la Corte Suprema de Justicia, puede afirmarse que la cuestión no se resuelve totalmente con el artículo 20 de la Constitución Nacional, porque lo que aquí está en juego no es el libérrimo derecho civil de residencia en el país, sino la razonabilidad de su reglamentación en armonía con la Constitución Nacional. *“Esto – señala Fayt – porque como esta Corte lo ha dicho en numerosas oportunidades, aquella no concede derechos absolutos, lo que podría conducir a extremos que destruirían la organización del Estado que ella se propuso precisamente organizar”* (CSJN, 8/11/1988, “Repetto, Inés María c. Provincia de Buenos Aires s/ inconstitucionalidad de normas legales”, Fallos: 311:2272, del voto del Dr. Fayt, cons. 8º).

Por lo tanto, la permanencia en el país, y más aún, el derecho a residir en éste, también puede verse restringido a los extranjeros bajo ciertas condiciones razonables, que en sustancia están contenidas en la Ley 25.871 de Migraciones.

Por otro lado, en nuestro orden jurídico, la *extranjería* es una categoría que admite reglamentaciones especiales, tal cual sucede con los derechos políticos, el derecho

a trabajar, a comerciar, a ejercer la industria, por mencionar algunos. Ello no quita que en el *sub examine* nos encontramos frente a una de las categorías calificadas de *sospechosas* por la doctrina y la jurisprudencia sobre derechos humanos (ver “Repetto”, op. cit., voto de los Jueces Bacqué y Petracchi), esto es, que se presume ilegítima y que exige un estándar de escrutinio judicial más elevado.

Como señala calificada doctrina sobre la materia, existe una gran diferencia entre el criterio de ‘razonabilidad’ y el de ‘categoría sospechosa’, ya que en la segunda *“...hay una presunción de invalidez respecto del objetivo perseguido por el Estado, que se funda en una pauta considerada ‘sospechosa’ y, en consecuencia, es éste el que debe presentar fuertes razones (“una necesidad social imperiosa”) que justifiquen la utilización de la categoría sospechosa”* (Gulco, Hernán Víctor, *El uso de las categorías sospechosas en el derecho argentino*; en Alegre, Marcelo y Gargarella, Roberto (Coord.) (2007); *El Derecho a la Igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*; Buenos Aires, Lexis Nexis, p. 259).

Pero aún bajo este estándar riguroso, no encuentro razones para descalificar la decisión del legislador al distinguir entre nacionales y extranjeros para reglamentar el derecho de permanencia y de residencia en el territorio nacional, que está en sintonía con el tratamiento diferenciado que hace la Constitución Nacional a través del artículo 25.

El control migratorio y el cumplimiento de ciertas formalidades legales para ingresar y residir en territorio argentino, no parecen recaudos excesivos para lograr el cumplimiento de los importantes fines constitucionales en la materia (art. 25 CN) y los que toda ley migratoria se propone asegurar, y que en el caso de la Ley 25.871 se encuentran enunciados en su artículo 3º, como ser: fijar las líneas políticas fundamentales y sentar las bases estratégicas en materia migratoria, dar cumplimiento a los compromisos internacionales de la República en materia de derechos humanos, integración y movilidad de los migrantes; contribuir al logro de las políticas demográficas que establezca el Gobierno Nacional con respecto a la magnitud, tasa de crecimiento y distribución geográfica de la población del país; facilitar la entrada de visitantes a la República Argentina para los propósitos de impulsar el comercio, el turismo, las actividades culturales, científicas, tecnológicas y las relaciones internacionales; promover el orden internacional y



Poder Judicial de la Nación
JUZGADO FEDERAL DE MAR DEL PLATA 2

la justicia, denegando el ingreso y/o la permanencia en el territorio argentino a personas involucradas en actos reprimidos penalmente por nuestra legislación; y promover el intercambio de información en el ámbito internacional, y la asistencia técnica y capacitación de los recursos humanos, para prevenir y combatir eficazmente a la delincuencia organizada transnacional, entre otros objetivos que menciona dicha norma.

Tales objetivos, de indudable interés público, justifican un tratamiento diferenciado entre nacionales y extranjeros, no apareciendo dicha distinción como persecutoria o discriminatoria hacia éste colectivo de personas, sino más bien como el ejercicio legítimo de la potestad soberana del Estado para direccionar su política migratoria bajo los estándares constitucionales.

En este sentido se ha dicho que: *"...la distinción entre residentes no naturalizados y ciudadanos es esencial para que cualquier nación soberana pueda determinar su propia composición. Es esencial para la existencia misma de la nación como comunidad"* (Fiss, Owen; *El inmigrante como paria*; en Fiss, O. (2002); Una Comunidad de Iguales; Madrid, Miño y Dávila Editores, p. 28).

Al respecto la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) admitió la potestad del Estado de hacer distinciones entre migrantes y nacionales, o entre migrantes documentados con respecto de los migrantes indocumentados, siempre y cuando este trato diferencial sea razonable, objetivo, proporcional y no lesione los derechos humanos (CIDH, Opinión Consultiva 18/03 de 17 de septiembre de 2003 solicitada por los Estados Unidos Mexicanos, ac. 119).

En este sentido la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha tenido oportunidad de señalar que la facultad del Estado para legislar sobre admisión, permanencia y expulsión de extranjeros y controlar el cumplimiento de tales disposiciones, se halla implícitamente reconocida en el texto constitucional como natural derivación de soberanía del Estado (Fallos: 151:211, 164:344).

Tal potestad, sin embargo, debe ejecutarse con el respeto y la garantía de los derechos humanos, y las distinciones que los Estados establezcan deben ser objetivas, proporcionales y razonables (CIDH, O.C. 18/03, ac. 168).

IV) Que yendo al caso bajo examen, surge que el ciudadano boliviano R. Ortuño Guillen, nacido el 03/02/1981, ha ingresado al país en fecha 09/03/1994, solicitando

a las autoridades migratorias la regularización de su situación migratoria en fecha 9/06/1999, la que se dispuso en fecha 07/10/1999, **al concederse al nombrado la residencia permanente en el país a través de la Disposición DNM 009606**. Estos datos, no controvertidos en autos, surgen de la copia de fojas 18, 24 y 66/8 de las actuaciones administrativas que en fotocopia se adjuntan al presente expediente.

Tampoco resulta controvertido que Ortuño Guillen resultó condenado en fecha 26/11/2010 por el Tribunal en lo Criminal Nro. 1 del Departamento Judicial de Lomas de Zamora a la pena de doce años de prisión, accesorias legales y costas por resultar autor penalmente responsable del delito de homicidio, hecho acaecido el día 01 de enero del año 2009 en la localidad de Almirante Brown (ver fs. 45/61 del expediente administrativo).

Como consecuencia de ello la DNM dicta con fecha 27/11/2014 la Disposición 208457, y en virtud de los antecedentes penales del extranjero e invocando lo dispuesto por el artículo 62 de la Ley 25.871, dispone la cancelación de la residencia permanente oportunamente otorgada, declara irregular la permanencia en el país del extranjero y ordena su expulsión del territorio nacional.

Interpuesto el recurso de reconsideración con jerárquico en subsidio contra dicha disposición (fs. 92/7 del expediente administrativo), la DNM emite la Disposición nº 259920 de fecha 30/10/2015, que confirma la resolución recurrida.

Finalmente, interpuesto el recurso de alzada (fs. 119/35 del expediente administrativo), éste es rechazado por Resolución 2017-1909 del Secretario del Interior.

Ahora bien, las resoluciones referidas invocan el antecedente penal que arrastra Ortuño Guillen y lo dispuesto por el **artículo 29.c' y 62.b' de la Ley 25.871** en su redacción anterior, como fundamento de la orden de expulsión y prohibición de reingreso.

Recuérdese en este punto que según la primera de las normas citadas, serán causas impeditivas del ingreso y permanencia de extranjeros al Territorio Nacional *“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”* (texto vigente al tiempo de la resolución referida).



Poder Judicial de la Nación
JUZGADO FEDERAL DE MAR DEL PLATA 2

Asimismo, el último párrafo del artículo referido establece: *“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”* (texto vigente al tiempo de la resolución desestimatoria).

Asimismo, el **artículo 62** establece en lo que aquí interesa: *“La Dirección Nacional de Migraciones, sin perjuicio de las acciones judiciales que correspondieran deducir, cancelará la residencia que hubiese otorgado, con efecto suspensivo, cualquiera fuese su antigüedad, categoría o causa de la admisión y dispondrá la posterior expulsión, cuando: (...)b) El residente hubiese sido condenado judicialmente en la República por delito doloso que merezca pena privativa de libertad mayor de cinco (5) años o registrase una conducta reiterante en la comisión de delitos.”*

Finalmente dicha norma establece que: *“El Ministerio del Interior dispensará el cumplimiento de la cancelación prevista en virtud del presente artículo cuando el extranjero fuese padre, hijo o cónyuge de argentino, **salvo decisión debidamente fundada por parte de la autoridad migratoria**. Asimismo, dicha dispensa podrá ser otorgada teniendo en cuenta **el plazo de permanencia, legal inmediata anterior a la ocurrencia de alguna de las causales previstas en los incisos a) a d) del presente artículo, el que no podrá ser inferior a dos (2) años, debiendo tenerse en cuenta las circunstancias personales y sociales del beneficiario.**”*

De la literalidad de estas normas surge con claridad el carácter *discrecional* que tiene la decisión de la DNM en el otorgamiento de la dispensa para permanecer en el país a los extranjeros comprendidos en dichos artículos.

Ahora bien, tal discrecionalidad de ningún modo puede entenderse como justificación para evadir la debida fundamentación de la decisión que haya de adoptarse. Así como la norma exige una ‘resolución fundada’ para otorgar la dispensa, también la negativa de la administración debe estar precedida de los debidos fundamentos que la justifiquen.

En este sentido, todo acto administrativo debe ser motivado, expresándose en forma concreta las razones que inducen a emitir el acto, sustentándose también en los hechos y antecedentes que le sirvan de causa (art. 7º inc. e y b, Ley 19.549).

El requisito de la motivación, se ha dicho, “...tiene una mayor importancia en los actos realizados en ejercicio de facultades discrecionales, pues solamente la motivación de estos actos permite al juez determinar si son o no razonables. La discrecionalidad no es arbitrariedad (CNContAdmFed., Sala III, 17/9/84, “Hughes Tool Co.”, LL, 1984-D-363; Procuración del Tesoro, dictamen del 10/10/1989, BO, 30/05/90, 2ª sección, p. 22)” (citado por Hutchinson, Tomás (2003); Régimen de Procedimientos Administrativos, Buenos Aires, Astrea, p. 89/90).

Tal cual señala Gordillo, no puede pensarse que una porción de la actividad administrativa pueda estar fuera o por encima del orden jurídico, y es por ello que se enuncian una serie de principios de derechos que constituyen una valla a la discrecionalidad administrativa. Entre éstos límites está la ‘razonabilidad’.

Siendo así, “la decisión ‘discrecional’ del funcionario será ilegítima, a pesar de no transgredir ninguna norma concreta y expresa, si es ‘irrazonable’, lo cual puede ocurrir fundamentalmente cuando: a) no dé los fundamentos de hecho o de derecho que la sustentan; o b) no tenga en cuenta los hechos acreditados en el expediente, o públicos y notorios; o se funde en hechos o pruebas inexistentes; o c) no guarde una proporción adecuada entre los medios que emplea y el fin que la ley desea lograr, o sea que se trate de una medida desproporcionada, excesiva en relación con lo que se quiere lograr” (Gordillo, Agustín (2003); Tratado de Derecho Administrativo, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, t. 1, p. X-21).

De las actuaciones administrativas se desprende que el pedido de dispensa motivado en la reunificación familiar se produce al tiempo de interponer el recurso de alzada (fs. 119/35 del expediente administrativo) y no con anterioridad. Ello significa que la resolución del Secretario del Interior debió considerarlo y emitir **una resolución fundada**, en sentido favorable o desfavorable a dicho requerimiento.

Ello se impone desde que obran en el expediente administrativo distintos elementos que dan cuenta, *prima facie*, de tales vínculos familiares en el país. Entre ellos la fotocopia del DNI del padre del recurrente, del que surge su radicación en el país desde el



Poder Judicial de la Nación
JUZGADO FEDERAL DE MAR DEL PLATA 2

año 1993 (fs. 13/5), la Actuación Notarial (testimonio) del 12/03/1999 tramitada por el grupo familiar (padres y hermanos) a los efectos de solicitar la radicación permanente en la Argentina (fs. 19/25), la Disposición DNM nº 009606 que concede conjuntamente a su madre y hermanos la residencia permanente (fs. 66/8), el Acta del Juzgado de Paz Letrado donde Laura Maribel Cruz, de nacionalidad argentina, declara que convive bajo una relación de concubinato desde hace ocho años con el recurrente (fs. 200), y principalmente las copias del certificado de nacimiento de su hija M.N.O. (fs. 196) y del acta de nacimiento de su hijo D.R.O. (fs. 201), ambos de nacionalidad argentina (fs. 136/7).

En el caso bajo examen se vislumbra con claridad que la resolución del Secretario del Interior incurre en arbitrariedad al omitir pronunciarse sobre su pedido expreso en torno a la reunificación familiar y sobre los elementos probatorios colectados a tal fin. En lugar de ello, se limita a invocar dogmáticamente la causal del artículo 29.c de la ley 25.871, como si su sola mención bastara para justificar la negativa.

Esta situación impide conocer cuáles son las razones por las que la administración considera que el derecho a la reunificación familiar no puede operar en el caso. Concretamente no evalúa ni sopesa que el recurrente es progenitor de un niño y una niña de nacionalidad argentina, su radicación en el país durante 18 años y la de sus padres y hermanos, para cotejar ello con la gravedad del delito por el que fuera condenado, y sobre tales elementos adoptar una decisión fundada.

Es que la administración debe adoptar sus decisiones en base a criterios objetivos, claros y razonables, que se apoyen en elementos de la causa, y que sopesen los intereses y derechos en juego, para ofrecer a los interesados y a la sociedad en su conjunto un fundamento en última instancia razonable de sus decisiones. Máxime cuando éstas afectan derechos tan sensibles como el de la unificación familiar.

La atribución que le confiere a la DNM las normas citadas aun siendo discrecional, no queda al margen del principio de legalidad constitucional. Discrecionalidad en un Estado de Derecho sólo puede significar resolver conforme a la ley, y bajo los estándares del derecho constitucional argentino y del derecho internacional de los derechos humanos con jerarquía constitucional.

Recuérdese que forma parte de los objetivos de la Ley 25.871 el de *“asegurar 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 vigentes y las leyes” (art. 3º.f).

V) Que la protección de la familia en el sistema interamericano de derechos humanos se encuentra amparada a través del artículo 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), en cuanto dispone que *“la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado”* (ac. 1º). En términos similares se pronuncia el artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y de modo complementario, el artículo 14 bis de la Constitución Nacional hace referencia a la obligación estatal de proveer a la ‘protección integral de la familia’.

La tutela del bien jurídico ‘familia’ como elemento fundamental de la sociedad encuentra también su proyección en la ley migratoria, que entre sus objetivos incluye de modo expreso el de *“garantizar el ejercicio del derecho a la reunificación familiar”* (art. 3º.d’, Ley 25.871), y a través de la imposición al Estado del deber de garantizar *“...el derecho de reunificación familiar de los inmigrantes con sus padres, cónyuges, hijos solteros menores o hijos mayores con capacidades diferentes”* (art. 10º, Ley 25.871).

Este es un derecho específicamente consagrada a favor de los niños, tal cual surge de la Convención sobre los Derechos del Niño, que en nuestro orden jurídico ostenta jerarquía constitucional (art. 75.22 CN). Allí se impone la obligación para los Estados Parte de velar por que el niño *“...no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño”* (art. 9.1 CDN).

Ahora bien, como indica la DNM, esta regla puede ser exceptuada cuando la separación sea consecuencia de la ‘deportación’ de uno de los padres o de ambos, adoptada por el Estado Parte (art. 9.4 CDN). Ello habilita y valida, según esta parte, la medida adoptada en relación a Ortuño Guillen.

De todos modos, es sabido que las normas no han de interpretarse aisladamente, sino consideradas en su conjunto, de modo que unas no anulen a otras,



Poder Judicial de la Nación
JUZGADO FEDERAL DE MAR DEL PLATA 2

preservando en la medida de lo posible, la vigencia de sus disposiciones. En este sentido debe recordarse que la Convención sobre los Derechos del Niño dispone también que: *“Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño”* (art. 12.1 CDN).

Específicamente, en todo procedimiento administrativo o judicial ‘que afecte al niño’, se le dará la oportunidad de ser escuchado. Así lo establece el artículo 12.2 de la CDN, y a nivel legal, se encuentra consagrado en el artículo 2º, 3º.b’ y 24º de la Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, y en el artículo 26 del CCYC.

Este derecho, según entiendo, no necesita reglamentación alguna, resultando directamente operativo y exigible a las autoridades nacionales en todo procedimiento administrativo y/o judicial en que se comprometan los derechos esenciales de los niños y niñas consagrados en la CDN y en la Constitución Nacional.

Vale recordar que como principio, las normas constitucionales que declaran derechos se presumen operativas, lo que importa que aún a falta de reglamentación han de aplicarse y funcionar por sí solas (en este sentido, Bidart Campos, Germán J. (1991), Teoría General de los Derechos Humanos, Buenos Aires, Astrea, p. 372).

En el punto, no cabría sostener que la ausencia de reglamentación de este derecho en el procedimiento de expulsión de los extranjeros pueda inhibir el derecho de los niños a ser escuchados y manifestar sus intereses. La DNM no ha esgrimido ningún argumento que permita justificar razonablemente la imposibilidad de dar cumplimiento efectivo a la manda constitucional y convencional, ni las razones por la cual habría que interpretar que el derecho en cuestión necesita de una reglamentación para poder ser operativo.

En todo caso, no debe olvidarse que la CDN es de aplicación obligatoria en las condiciones de su vigencia, en todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que se adopte respecto de las personas hasta los dieciocho años de edad (art. 2º Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes).

Si bien la administración invoca jurisprudencia de la Corte Suprema en su apoyo (fs. 66), dichos precedentes se remiten a procesos de extradición, que no resultan equiparables al de autos.

La omisión de las autoridades administrativas de escuchar al niño o niña incluso en los procedimientos administrativos en los que pudiera afectarse sus derechos, pone en crisis las reglas básicas del debido proceso consagrado a través del artículo 8º de la CADH. Así lo afirmó la CIDH a través de la Opinión Consultiva OC 21/14 solicitada entre otros países, por la República Argentina, referida a los “Derechos y Garantías de Niñas y Niños en el contexto de Migración y/o en necesidad de Protección Internacional”.

Allí se señaló que: *“...las garantías de debido proceso se traduce en algunas garantías o componentes diferenciados en el caso de niñas y niños, que se fundan en el reconocimiento de que su participación en un proceso migratorio no se da en las mismas condiciones que un adulto. Por ello, el proceso tiene que estar adaptado a las niñas o niños y ser accesible para ellos. De hecho, ha recordado el Alto Tribunal que “...no sólo los órganos judiciales sino toda institución estatal ha de aplicar el principio de ‘interés superior del niño’ (ac. 114). Agregando que: “la niña o niño tendrá derecho a ser oído, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por la autoridad competente. Dicho derecho debe ser interpretado a la luz del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, el cual contiene adecuadas previsiones, con el objeto de que la participación de la niña o niño se ajuste a su condición y no redunde en perjuicio de su interés genuino” (ac. 122).*

También allí se hizo referencia, en consonancia a lo afirmado en el acápite anterior, al ‘derecho a que la decisión que se adopte evalúe el interés superior de la niña o del niño y sea debidamente fundamentada’, que importa que: *“La resolución deberá dar cuenta motivadamente de la forma en que se tuvieron en cuenta las opiniones expresadas por la niña o niño, como también, la forma en que se ha evaluado su interés superior” (ac. 139).*

En lo que hace al derecho a vivir con su familia, la CIDH señaló que la separación del niño de su familia ha de ser una medida *excepcional*, debe estar debidamente justificada y tener preferentemente una duración temporal (Opinión Consultiva OC-17/2002, ac. 75), lo que impone que cualquier decisión estatal cuyo resultado conlleve la separación del niño o niña de su familia, habrá de estar



Poder Judicial de la Nación
JUZGADO FEDERAL DE MAR DEL PLATA 2

necesariamente ajustada a derecho y a los estándares nacionales e internacionales sobre derechos humanos.

Por su parte, el Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, indicó que cuando el artículo 12.2 de la CDN especifica que deben darse al niño oportunidades de ser escuchado, en particular "*en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño*", "*...esta disposición es aplicable a todos los procedimientos judiciales pertinentes que afecten al niño, sin limitaciones...*", alcanzando no sólo a los procedimientos iniciados por el niño, sino también "*a los iniciados por otras personas que afectan al niño*" (Observación General nº12 del 20 de julio de 2009, ac. 32 y 33).

Si bien dicha norma indica que tal derecho habrá de ejercerse "en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional", tiene dicho el Comité de los Derechos del Niño que ello "*no debe interpretarse que estos términos permiten utilizar legislación de procedimiento que restrinja o impida el disfrute de este derecho fundamental*" (Observación General nº 12, ac. 38).

En suma, las autoridades de la DNM no deben perder de vista que el Estado Argentino ha suscripto compromisos internacionales en materia de derechos humanos que deben ser respetados, y por tanto se ha obligado a brindar una protección especial a los niños y niñas, que excede al que la familia, la comunidad y la sociedad deben brindar. Tal es así que "*...la acción u omisión de cualquier autoridad pública, de cualquiera de los poderes del Estado, constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad en los términos previstos en la Convención Americana*" (CIDH, Opinión Consultiva OC-17/2002, ac. 87).

Es así que el artículo 3º de la CDN dispone que: "*Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, **tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas***" (el remarcado es propio). En este sentido ha dicho la CIDH que "*... los derechos de los niños requieren no sólo que el Estado se abstenga de interferir indebidamente en las relaciones privadas o familiares del niño, sino también que, según las circunstancias, **adopte providencias positivas** para asegurar el ejercicio y*

disfrute pleno de los derechos" (Opinión Consultiva OC-17/2002, ac. 88, el remarcado es propio).

En precedentes análogos al presente he señalado que para evaluar el pedido del ciudadano extranjero de respeto a la unificación familiar resulta necesario 'evaluar las circunstancias particulares de las personas concernidas' (ac. 279, OC 21/14), de forma tal de evaluar la razonabilidad de la orden de expulsión y prohibición de ingreso en el caso en concreto. Para ello estimo que mínimamente deben analizarse tres aspectos: 1) lo referido al vínculo familiar, 2) la historia migratoria del afectado y su grupo familiar, 3) en casos como el presente, donde el migrante violó la ley penal argentina, la gravedad del delito incurrido.

En cuanto al primer punto que aquí concierne, debe recordarse que tal cual lo he sostenido con anterioridad (expte. Nº 23143/2017 "SUAREZ ARAYA, MARIA ELSA c/ DIRECCION NACIONAL DE MIGRACIONES s/RECURSO DIRECTO EN LOS TERMINOS DE LA LEY DE POLITICA MIGRATORIA ARGENTINA - LEY 25871", de trámite por ante este Juzgado y Secretaría), sólo respecto de los vínculos a que remite la ley " (art. 10º, Ley 25.871), y **en la medida en que se acredite una unidad familiar real, manifestada por la convivencia, manutención, relaciones afectivas, etc.**, cabe evaluar la posibilidad de conceder la dispensa excepcional que la ley habilita.

Siendo así, deberá la DNM verificar tal extremo, y materializar el derecho de los niños M.N.O. y D.R.O. a ser escuchados en el proceso administrativo que se lleva a cabo contra su padre por infracción a la ley migratoria, que podría derivar en su expulsión del territorio nacional, con la consecuente desmembración familiar que, en principio, tal medida conlleva.

En este punto cabe recordar que tiene dicho la Cámara Federal de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (sala II), que "*...medidas como la recurrida constituyen el ejercicio de un poder propio de la Administración y dentro de ella, la competencia ha sido asignada a un órgano estatal altamente especializado (creado al efecto) cuyos actos han de ser controlados por el Poder Judicial en orden a su razonabilidad, sin que esto habilite a los jueces a sustituir el criterio administrativo por el suyo propio (conf. en este sentido esta Sala -en su anterior integración-, in re: "Banco Hipotecario SA c/DNCl - Disp. Nº 185/10 (Expte. S01:77.804/04)", del 8/2/2011; "Bianca, Sebastián c/P.N.A.", del*



Poder Judicial de la Nación
JUZGADO FEDERAL DE MAR DEL PLATA 2

10/08/2010; “Machado, Jorge Ignacio c/P.N.A.”, del 02/02/2010; “Vezzato SA c/Resolución Nº 228/08 – ENARGAS (Expte. 10014/05)”, del 22/10/2009; entre muchos otros), salvo que se demuestre que ha mediado error (de hecho o de derecho), omisión, o vicio con entidad suficiente para invalidar el acto dictado...”.

En el caso bajo examen ha quedado acreditado que han mediado omisiones esenciales que descalifican el acto recurrido, y habilitan las atribuciones del suscripto para ordenar su revocación.

Es por ello que se ordena a través de esta sentencia dejar sin efecto la Res. 2017-1909-APN-SECIMI de fecha 15/11/2017 correspondiente al expediente nº 38081999 del Registro de la Dirección Nacional de Migraciones (DGM), ordenando a la Secretaría de Interior del Ministerio del Interior, Obras Públicas y Vivienda que emita una nueva resolución, previa verificación por intermedio de quien corresponda de la unidad familiar real de los vínculos denunciados en autos, y garantizando el derecho a ser oídos de los niños M.N.O. y D.R.O. en dicho trámite administrativo, y emitiendo, en el ejercicio de las atribuciones que la ley le confiere, una resolución que fundadamente haga mérito del interés superior del niño aquí comprometido, y de los demás estándares constitucionales y convencionales vigentes.

El modo en que se resuelve la presente, me exime de abordar el resto de los agravios formulados por la parte accionante.

VI) Finalmente, en cuanto a las costas de este proceso, corresponde su imposición a la accionada vencida, por aplicación del principio general vigente en la materia.

Por ello, por los fundamentos expuestos, jurisprudencia y doctrina citadas, es que:

FALLO : I) HACIENDO PARCIALMENTE LUGAR AL RECURSO DE APELACIÓN INCOADO POR R. ORTUÑO GUILLEN;

II) En consecuencia, **REVOCANDO** la Resolución 2017-1909-APN-SECIMI de fecha 15/11/2017 correspondiente al expediente nº 38081999 del Registro de la Dirección Nacional de Migraciones (DGM), y **ORDENANDO** a la Secretaría de Interior del Ministerio

del Interior, Obras Públicas y Vivienda que, firme la presente, emita una nueva resolución en las condiciones fijadas por esta sentencia.

III) Imponiendo las costas del proceso a la accionada vencida.

IV) NOTIFÍQUESE, REGÍSTRESE, CUMPLIMÉNTESE y, oportunamente,
ARCHÍVESE

Santiago José Martín
Juez Federal

EN LA MISMA FECHA SE LIBRO CÉDULA ELECTRÓNICA NOTIFICANDO A LAS PARTES, LA SENTENCIA DEFINITIVA DICTADA EN EL DIA DE LA FECHA.