



Poder Judicial de la Nación

CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL- SALA IV

Expte. Nº 87205/2018/CA1: “Lugo, E. B. c/ E.N. – DNM s/ Recurso

Directo DNM”

Buenos Aires, 3 de octubre de 2019.

VISTOS:

Estos autos “Lugo, E. B. c/ E.N. – DNM s/
Recurso Directo DNM”; y

CONSIDERANDO:

1º) Que, a fs. 65/69, la señora juez de primera instancia hizo lugar al recurso deducido por la ciudadana de nacionalidad paraguaya E. B. Lugo y, en consecuencia, declaró la nulidad de las disposiciones de la Dirección Nacional de Migraciones (en adelante, DNM) SDX 62456/18 y SDX 230783/18, por medio de las cuales se había declarado irregular su permanencia en la República, y se había ordenado su expulsión del territorio nacional con prohibición de reingreso por el término de ocho (8) años.

Por lo tanto, ordenó a la DNM que dictase, en el plazo de treinta (30) días, una nueva resolución respecto de la extranjera, en la que se evaluarán las circunstancias y elementos informados en la causa y corroborados con la documentación pertinente.

Distribuyó las costas por su orden, en atención a las particularidades de la temática debatida (art. 68, segundo párrafo, del CPCCN).

Para así resolver, la juez *a quo* preliminarmente rechazó el planteo de inconstitucionalidad del decreto 70/17.

En lo que respecta a la cuestión de fondo, afirmó que resultaba aplicable al *sub examine* la ley 25.871 con las modificaciones introducidas por el decreto 70/17, que establece en su art. 29, inc. c, –como causa impeditiva del ingreso y permanencia de extranjeros al territorio nacional– haber sido condenado o estar cumpliendo condena, o tener antecedentes o condena no firme en la República Argentina o en el exterior, por delitos que merezcan según las leyes nacionales penas privativas de libertad. Como contrapunto, resaltó que el citado cuerpo legal contiene, entre sus objetivos, el de garantizar el ejercicio del derecho a la reunificación familiar.



En tales circunstancias, entendió que el caso ameritaba la realización de un test de razonabilidad –de conformidad con las pautas preceptuadas en el art. 89 de la norma aludida–, ponderando, por un lado, el derecho humano a la unidad familiar, y por otro, la facultad de expulsar del país a extranjeros que hayan sido condenados penalmente.

En esta inteligencia, constató la verificación de determinados extremos en favor de la extranjera que le permitirían ser pasible del otorgamiento de la dispensa estatuida en el art. 29, *in fine*, de la ley 25.871, a saber: (i) carencia de antecedentes penales en su país de origen; (ii) su calidad de progenitora de una hija argentina y de dos hijos nacidos en la República del Paraguay, y su correspondiente convivencia con ellos; y (iii) el arraigo en el país de sus padres y de diez de sus once hermanos.

Sentado ello, puso de relieve que la discrecionalidad de la DNM para el otorgamiento de la dispensa en examen tenía como límite la falta de razonabilidad, situación acontecida en el *sub lite* al separar a la migrante de su círculo íntimo, con la consecuente desprotección afectiva y material de sus ascendientes y descendientes.

2º) Que, contra ese pronunciamiento, la DNM interpuso y fundó recurso de apelación a fs. 70/73vta., que fue concedido en relación a fs. 74 y no fue replicado por la actora.

3º) Que el organismo migratorio se agravia de la sentencia recurrida por considerar que el *a quo* interpretó el derecho a la reunificación familiar por fuera de los límites legalmente establecidos. En particular, resalta que el art. 10 de la ley 25.871 –cuya redacción no resultó alterada por el decreto 70/17– circunscribe su protección al vínculo de los extranjeros con: a) sus padres; b) sus cónyuges; c) sus hijos solteros menores; o d) hijos mayores con capacidades diferentes.

Por consiguiente, estima que tales parámetros excluyen los extremos demarcados por la juez de grado para la procedencia de la dispensa bajo análisis, en tanto los hijos de la actora son todos mayores de edad. Asimismo, ataca el informe social elaborado por el Ministerio Público de la Defensa –invocado por el pronunciamiento en crisis– por





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL- SALA IV

Expte. Nº 87205/2018/CA1: “Lugo, E. B. c/ E.N. – DNM s/ Recurso

Directo DNM”

reputarlo parcial y carente de entidad suficiente para rebatir los argumentos normativos antedichos.

En otro orden de ideas, señala que el *a quo* se inmiscuyó en potestades que no le son propias, toda vez que el otorgamiento de la dispensa por razones de reunificación familiar constituye una facultad discrecional y exclusiva de la DNM, quien puede o no conferirla, mas no está constreñida a su concesión lisa y llana. A efectos de robustecer su postura, cita diversos precedentes de esta Cámara que entiende aplicables al *sub discussio*. Por último, destaca que, al tratarse de una prerrogativa de carácter excepcional, su interpretación deviene restrictiva.

4º) Que, ante todo, vale poner de relieve que el *a quo* declaró la ilegalidad de las disposiciones recurridas en virtud de no haberse ponderado debidamente el derecho de reunificación familiar de la migrante. Tal tesitura no puede prosperar.

De forma preliminar, no puede soslayarse que este Tribunal se ha expedido profusamente sobre el carácter discrecional y potestativo que corresponde adjudicar a la dispensa prevista en el art. 29, *in fine*, de la ley 25.871 (cfr., a mero título ejemplificativo, causa **47748/11 “Contreras Trujillo, Edward Rafael c/ E.N. – Min. Interior – DNM s/ Recurso Directo”**, sentencia del 04/05/2017, **considerando 6º**; criterio que ha sido convalidado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación mediante pronunciamiento del 02/05/2019, al desestimar el recurso extraordinario federal que el Ministerio Público oportunamente dedujo contra aquella decisión).

Sobre el particular, es importante insistir en que, por haber sido concebida para situaciones abiertamente al margen de la Constitución y la ley –las cuales atentan contra los objetivos esenciales cuya consecución el ordenamiento declara perseguir (arts. 3 y 125, ley 25.871)–, el legislador ha regulado el instituto como una atribución excepcional en cabeza de la autoridad de aplicación, de uso discrecional. En tal sentido, se trata de una facultad primaria de la Administración, quien excepcionalmente puede otorgarla mediante resolución fundada, conforme las circunstancias puntuales de cada caso. Empero, no tiene el deber de



concederla, pues ello implicaría alterar su carácter de “*prerrogativa*” para transformarla en una “*obligación*”.

En el *sub lite*, no puede dejar de señalarse que, ante la denuncia efectuada por la actora respecto de su condición de progenitora (cfr. fs. 66/77, expediente SDX 10815/17) y la presentación de un informe social en el que se constató su situación migratoria y familiar (fs. 141/143, expediente SDX 10815/17), la Administración evaluó los hechos y justificó fundadamente por qué no podía priorizarse el derecho de reunificación, de acuerdo a como la norma lo permite. En efecto, la DNM concluyó que, dada la naturaleza del delito por el que resultó condenada, correspondía rechazar la dispensa pretendida, decisión que, en tales términos, no resulta arbitraria ni irrazonable (v. fs. 153, expediente SDX 10815/17).

Tal como se ha dicho en numerosas oportunidades, 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 para sustituir el criterio administrativo por el suyo propio, salvo que se demuestre que ha mediado error –de hecho o de derecho–, omisión, o vicio con entidad suficiente para invalidar el acto dictado (cfr. Sala II, “*Lin, Yu c/ Estado Nacional – DNM s/recurso directo DNM*”, sentencia del 13/11/2014), supuestos que en la especie no se advierten configurados.

En tales circunstancias, corresponde revocar lo resuelto por la juez *a quo* sobre el punto.

5º) Que, aun cuando la jurisdicción de los tribunales de segunda instancia está limitada por el alcance de los recursos concedidos, que determinan el ámbito de su competencia decisoria (Fallos: 313:912; 315:562 y 839), al revocar la sentencia anterior en los términos antes referidos, en principio, tiene lugar la reversión de la jurisdicción, hecho que obliga a la Cámara a conocer en todas las defensas conducentes y oportunamente propuestas por cada una de las partes litigantes que, por la solución adoptada en primera instancia, no habían merecido un adecuado tratamiento (Fallos: 190:318; 256:434; 268:48; 308:656; 327:3925; y sus citas). Ello, aun en ausencia de un recurso de la parte que, por haber sido vencedora en esa instancia, no podía agravarse de un pronunciamiento favorable (Fallos:





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL- SALA IV
Expte. Nº 87205/2018/CA1: “Lugo, E. B. c/ E.N. – DNM s/ RecursoDirecto
DNM”

334:95, y esta Sala, “Grupo de Artesanías S.A. c/ E.N. – Min. Economía s/ medida cautelar (autónoma)”, sentencia del 14/02/2012; entre muchas otras).

De este modo, la solución que antecede exige examinar los demás planteos que la Comisión del Migrante de la Defensoría General de la Nación –en representación de la actora– formuló ante el *a quo* (cfr. fs. 2/9).

En concreto, la extranjera esbozó los siguientes agravios:

(i) Se **consideró aplicable el decreto 70/17**, aunque las actuaciones administrativas se iniciaron con anterioridad a su entrada en vigencia y el régimen que establece es menos benigno que el anterior.

(ii) Planteó la **inconstitucionalidad del decreto 70/17** en vinculación con: (a) la afectación a su derecho al debido proceso legal, a raíz de la brevedad de los plazos instaurados para la interposición de recursos y el cercenamiento de la posibilidad de producir pruebas; y (b) la intromisión en esferas propias del Poder Judicial, limitando la revisión de actos administrativos por parte de los magistrados.

(iii) No se efectuó un **control judicial suficiente de la legitimidad y razonabilidad del acto** que ordenó su expulsión del país. En particular, porque:

(a) en el entendimiento de que el caso corresponde ser analizado bajo los cánones del art. 29, inc. c, de la ley 25.871 en su anterior redacción, la doctrina establecida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el **precedente “Apaza León” impide subsumir su conducta en el referido precepto** por ausencia del requisito objetivo allí predispuesto.

(b) no se fundó el rechazo de la **dispensa por razones de reunificación familiar**. En este sentido, alega que se omitió ponderar el **interés superior de su hijo menor de edad**, de conformidad con los lineamientos de la opinión consultiva 21/14 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, solicitada por la República Argentina; y

(c) debieron considerarse las **circunstancias subjetivas de la recurrente**, a saber: su arraigo en el país, su permanencia en la República Argentina, y los vínculos familiares forjados desde su llegada al territorio nacional.



6º) Que no es materia de controversia que la actora no pudo demostrar una situación migratoria regular, tal como hiciese notar la propia DNM al dictar la disposición SDX 62456/18 (cfr. fs. 45, expediente SDX 10815/17).

Esta tesitura se ve robustecida a raíz de las manifestaciones de la extranjera en el acta de declaración migratoria N° 75115 (fs. 3, expediente SDX 10815/17), en tanto sostuvo que, como consecuencia de su ingreso al territorio nacional acaecido el 18/12/2009, se le había concedido una residencia transitoria –categoría turista– cuya vigencia había concluido el 18/03/2010. Por lo demás, no acreditó la iniciación de trámites de regularización migratoria posteriores.

También se corroboró –sin que mediare litigio entre las partes al respecto– que la Sra. Lugo fue condenada el **05/11/2016 a la pena de un año de prisión por ser autora del delito de tenencia simple de estupefacientes** (cfr. fs. 9, expediente SDX 10815/17).

En virtud de ello, la DNM ordenó su expulsión de la República Argentina por entender que se encontraba comprendida en la irregularidad prevista en el art. 29, inc. c, de la ley 25.871 –según el texto que le imprimió el decreto 70/17–.

Sobre el particular, es preciso afirmar que, mientras las **normas de índole procesal** son de aplicación inmediata a los juicios en trámite, en tanto no invaliden actuaciones anteriores (cfr. Fallos 211:589; 220:30; 241:123; 306:2101; 307:1018, 317:499; 323:1285; 324:1411; 326:2095, entre otros), el **derecho sustantivo** debe ser analizado a la luz de la normativa vigente al momento del acaecimiento de los hechos en debate.

Asimismo, no puede soslayarse que la DNM tomó conocimiento de la condena recaída sobre la actora mediante certificado obrante a fs. 9 del expediente SDX 10815/17, el que –según la propia Comisión del Migrante– *“fuera aportado por mi mandante el día del turno que le fuera otorgado por la DNM –21/01/2017–”* (fs. 2vta., énfasis añadido). Circunstancia que, por otra parte, no resultó impugnada o rebatida por su contraria.

Por consiguiente, resultó errada la decisión administrativa de subsumir la conducta de la extranjera en los términos del nuevo plexo normativo, toda vez que tanto la fecha de la condena penal recaída en su contra como la de la notificación de tal suceso a la DNM





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL- SALA IV
Expte. Nº 87205/2018/CA1: “Lugo, E. B. c/ E.N. – DNM s/ Recurso Directo DNM”

–autoridad de aplicación de la ley migratoria– acontecieron con anterioridad a la entrada en vigencia del decreto 70/17 –vale decir, 31/01/2017, conforme lo estatuido en su art. 28–.

7º) Que, sobre la base de tales consideraciones, corresponde evaluar la situación de la recurrente de conformidad con los parámetros del art. 29, inc. c, de la ley 25.871 en su anterior redacción, para así determinar si incurrió en la irregularidad migratoria allí descripta.

Al respecto, no puede dejar de advertirse que los agravios esgrimidos por la actora remiten, en última instancia, a la hermenéutica del precepto bajo análisis que la Corte Suprema de Justicia delineó en el precedente “Apaza León, Pedro Roberto c/ E.N. – DNM s/ Recurso Directo para juzgados” (sentencia del 08/05/2018). En efecto, el Máximo Tribunal, al realizar la exégesis de la norma, puntualizó lo siguiente:

“[L]a interpretación plausible del inciso c del artículo 29 de la ley 25.871 es que tanto la ‘condena’ como los ‘antecedentes’, para poder justificar la prohibición de entrada o la expulsión de un migrante, deben relacionarse con alguna de las cinco categorías de delitos que se mencionan en el inciso – tráfico de armas, de personas, de estupefacientes, lavado de dinero o inversiones en actividades ilícitas–, o bien con cualquier otro delito que para la legislación argentina merezca pena privativa de libertad de tres años o más”.

En consecuencia, si bien esta Sala, al expedirse sobre el contenido y alcance del inciso en cuestión –en su redacción previa al dictado del decreto 70/17–, ha mantenido una exégesis disímil a la reseñada en el párrafo anterior (cfr. “Velásquez Flórez, Rubén Darío c/ E.N. – Min. Interior – DNM s/ Recurso Directo”, sentencia del 28/03/2017; “Chávez Ruiz, Digmar Félix c/ E.N. – Min. Interior – DNM s/ Recurso Directo DNM”, sentencia del 27/06/2017; “Acevedo Orzusa, Dalmacio Avel c/ E.N. – Min. Interior – DNM s/ Recurso Directo DNM”, sentencia del 12/09/2017; “Galindo Ramírez, Merleny c/ E.N. – Min. Interior – DNM s/ Recurso Directo DNM”, sentencia del 07/11/2017, voto de mayoría; y



“*Van den Bossche, Peter c/ E.N. – Min. Interior – DNM s/ Proceso de Conocimiento*”, sentencia del 23/11/2017, voto del juez Marcelo Daniel Duffy; entre otros), razones de economía procesal imponen la aplicación de dicho criterio jurisprudencial y, en su consecuencia, admitir el recurso interpuesto por la Comisión del Migrante ante la juez de grado.

8º) Que, atento el modo en que se decide, deviene inoficioso el tratamiento de los demás planteos sometidos a consideración de este Tribunal.

Por todo lo expuesto, el Tribunal **RESUELVE:**

a) Admitir el recurso intentado a fs. 70/73 y revocar la sentencia apelada en cuanto ha sido materia de agravios.

b) Hacer lugar –habiéndose verificado en autos la reversión de jurisdicción– el recurso interpuesto a fs. 2/9 y, en consecuencia, revocar las disposiciones SDX 62456/18 y 230783/18 de la DNM.

c) Remitir las actuaciones a la Dirección Nacional de Migraciones para que, en función de lo resuelto en la presente, dicte el acto que estime corresponder (considerando 6º).

d) Distribuir las costas de esta instancia en el orden causado, en atención al criterio jurisprudencial novedoso introducido por el Máximo Tribunal (art. 68, segundo párrafo, del CPCCN).

Regístrese, notifíquese y, oportunamente, remítanse los autos.

JORGE EDUARDO MORÁN

MARCELO DANIEL DUFFY

ROGELIO W. VINCENTI
(en disidencia)





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL- SALA IV
Expte. N° 87205/2018/CA1: “Lugo, E. B. c/ E.N. – DNM s/ RecursoDirecto
DNM”

El señor juez de Cámara Rogelio W. Vincenti dijo:

1º) Que la sentencia de primera instancia y los agravios que el apelante trae a consideración del Tribunal, así como la relación de antecedentes, se encuentran adecuadamente resumidos en los **considerandos 1º a 3º** de la resolución de mayoría, a cuyos términos procede remitirse por razones de brevedad.

2º) Que, E. B. Lugo, de nacionalidad paraguaya, dedujo recurso, en los términos del art. 69 *septies* de la ley 25.871, a fin de que se dejaran sin efecto la disposición SDX 62456/18, por la que la DNM declaró irregular su permanencia en el país y dispuso su expulsión con prohibición de reingreso por ocho años, así como del acto que desestimó el recurso administrativo (disposición SDX 230783/18).

Por sentencia obrante a fs. 65/69, la magistrada declaró la nulidad de las disposiciones dictadas en el expediente N° 10815/2017 y ordenó a la DNM que dictara un nuevo acto respecto de la extranjera teniendo en cuenta las circunstancias informadas que fueron corroboradas con la documentación pertinente.

Para así resolver, entendió que, en el caso concreto, debía efectuar el test de razonabilidad que prevé el art. 89 de la ley citada, que si bien la actora había sido condenada en el país, no registra antecedentes penales en su país de origen y está probado que tiene una hija argentina, otros hijos paraguayos que también viven con ella, además de otros familiares.

3º) Que las quejas de la DNM expresan su discrepancia con la solución adoptada pero no son suficientes para descalificarla, en tanto no logran demostrar el error grave en la apreciación y resolución de la causa por parte de la jueza de grado.

En efecto, el planteo por el cual se requiere aplicar en el caso la dispensa de la medida expulsiva que prevé el art. 29 de la ley 25.871, fundado en la situación personal y familiar de la actora, acreditada



en sede judicial, debe ser evaluado y resuelto por la DNM por ser el organismo habilitado por la ley 25.871 para otorgar la dispensa que se solicita, precisamente porque el órgano judicial no puede sustituir el criterio administrativo (v. en este sentido, art. 62 bis de la ley, incorporado por el art. 7° del decreto 70/17).

Y ello fue lo que se resolvió en la sentencia apelada, donde la magistrada efectuó el control de razonabilidad sin exceder los límites de la actuación judicial ni interferir de modo indebido en el ámbito de decisión del poder administrador, al punto que dispuso reenviar la causa para que dictara un nuevo acto ajustado a derecho, en el que ponderara adecuadamente estas constancias y se expidiera fundadamente sobre el pedido de dispensa.

Por las consideraciones expuestas, me pronuncio por desestimar el recurso de fs. 70/73vta. y confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto fue materia de agravios, con costas por su orden. **ASÍ VOTO.**

ROGELIO W. VINCENTI

