



Poder Judicial de la Nación

CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO  
FEDERAL- SALA V

28335/2019 HIDALGO ROJAS, R. c/ EN-M INTERIOR OP Y V-DNM  
s/RECURSO DIRECTO DNM

Buenos Aires, de septiembre de 2019.- FR

VISTOS Y CONSDIERANDO:

I. Que por medio de la sentencia de fs. 181/185 el Juez de primera instancia rechazó el recurso interpuesto por el señor R. Hidalgo Rojas, de nacionalidad boliviana, contra la Disposición nro. 29.966 del 9 de febrero de 2018, y su confirmatoria nro. 54.746 del 3 de abril de 2019, de la Dirección Nacional de Migraciones, por medio de las cuales se había denegado la radicación solicitada, declarado irregular la permanencia del demandante, ordenado su expulsión del territorio nacional, y prohibido su reingreso por el término de 10 años. Todo ello, por haber sido PROCESADO por el Juzgado Federal en lo Criminal y Correccional nro. 1 de San Martín en “orden al delito de uso de documento público falso, en concurso ideal con el delito de falsedad ideológica de instrumentos públicos, uno de ellos agravado por tratarse de un documento destinado a acreditar la identidad, los que concurren de manera ideal con alteración de identidad y omisión de presentación de un menor a sus padres”. Además, autorizó a concretar la retención del demandante una vez que la sentencia se encontrara firme y consentida. Impuso las costas a la vencida.

Como fundamento, en primer término, rechazó el planteo de inconstitucionalidad del Decreto nro. 70/17 con remisión a los fundamentos expuestos por el señor Fiscal Federal a fs. 173/179, porque el demandante había podido ejercer su derecho de defensa y estaba garantizado el control judicial suficiente de las disposiciones administrativas cuestionadas.

En cuanto al fondo, señaló que la situación del recurrente encuadra en los impedimentos para ingresar y permanecer en el territorio nacional, y que los hechos esgrimidos no tienen suficiente entidad como para desvirtuar los impedimentos previstos en el régimen migratorio. Ello, pues no se había controvertido que el actor había sido imputado por el Juzgado Federal en lo Criminal y Correccional de San Martín, y la ley 25.871, modificada por el Decreto nro. 70/17, contempla la posibilidad de impedir el ingreso y la permanencia de extranjeros en el



territorio nacional si fueran condenados o se encuentren cumpliendo condenas en la Argentina, o tuvieran antecedentes o condena no firme, por delitos que merezcan según las leyes argentinas penas privativas de la libertad. Agregó que, la ley establece expresamente que por antecedentes se debe entender “todo auto de procesamiento firme, cierre de investigación preparatoria o acto procesal equiparable” (fs. 184).

Por otra parte, y con respecto la dispensa por reunificación familiar invocada por la parte actora, sostuvo que se trata de una facultad discrecional de la Dirección Nacional de Migraciones que debe analizar en cada caso en particular, y que el Poder Judicial puede controlar el ejercicio de esa potestad sin sustituir el criterio administrativo por el propio, salvo que se demuestre que hubiera mediado error, omisión, o vicio con entidad suficiente para invalidar el acto dictado.

II.- Que, a fs.186/192, apeló y expresó agravios la Comisión del Migrante en representación del señor Hidalgo Rojas, los que fueron replicados por su contraria a fs. 194/207.

En primer término, plantea la nulidad de la sentencia apelada al considerar que se ha realizado un encuadre erróneo de la ley aplicable, porque su parte solicitó que el caso fuera examinado de conformidad con las previsiones de la ley 25.871, en su redacción original, y, pese a ello, en el considerando VII de la sentencia se refiere que el demandante incurrió en una falta tipificada en el artículo 29 de la ley 25.871, de conformidad con el nuevo texto establecido por el Decreto nro. 70/17. También, porque aplica las nuevas limitaciones establecidas por el artículo 4º de ese decreto a las causales en las cuales se puede otorgar la dispensa por “reunificación familiar o razones humanitarias”, y el demandante está casado desde el año 2013 con la señora O. Almanza Condori, quien cuenta con una radicación permanente en el territorio nacional.

Por otra parte, sostiene que la decisión administrativa no respeta el principio de inocencia establecido en el artículo 18 de la Constitución Nacional, pues solo se tuvo en cuenta que su parte había sido procesado, sin tener en cuenta que se trata de una resolución de mérito inculpativa de carácter provisional, es decir, que no es definitiva, y, hasta tanto se dicte una sentencia condenatoria firme, “todos los habitantes de este suelo gozamos de un ´estado de inocencia´,





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO  
FEDERAL- SALA V

aun cuando registre algún proceso en trámite y cualquiera sea su estado” (fs. 187). También, destaca que el Tribunal Oral en lo Criminal Federal nro. 2 de San Martín, a cargo de su causa, dispuso suspender el juicio a prueba y establecer pautas de conducta durante el lapso de un año y medio, que están en pleno cumplimiento. Recuerda que, el Código Penal establece que si se acredita el cumplimiento de esas pautas, se extinguiría la acción penal, y se produciría la falta de antecedentes penales. Precisa que, la aceptación de la suspensión de juicio a prueba no implica aceptación de culpabilidad ni una sentencia condenatoria en su contra, y que, todo ello, demuestra la desproporción de la medida apelada. Además, señala que si en la causa “Apaza Leon” la Corte Suprema de Justicia de la Nación “ha estipulado una causal objetiva para el impedimento de permanencia requiera una condena por un delito de pena de 3 años o más, resultaría irrazonable que en casos como el presente – en que la persona ha sido procesada por una órgano jurisdiccional – se pudiera proceder a su expulsión” (fs. 187vta.).

Asimismo, sostiene que la sentencia apelada es inconstitucional por afectar su derecho a la reunificación familiar, y porque no se realizó el test de razonabilidad de la medida expulsiva. Ello, pues de las constancias de la causa, surge que reside en el territorio nacional desde su ingreso ocurrido hace más de 20 años, y, porque aquí reside con su esposa, quien se encuentra radicada en el país de manera permanente.

En esencia, se agravia de que se haya decidido su situación migratoria valorando exclusivamente el antecedente penal que registra, sin tener en cuenta el resto de los intereses comprometidos en el caso, y el grado de afectación que tiene la medida en su vida familiar. Máxime, cuando su irregularidad migratoria fue decidida con base en un procesamiento firme, “que finalmente desembocó en una suspensión de juicio a prueba. Es decir, la gravedad del ilícito ni la consecuencia que ello produjo, fueron cuestiones observadas por el Magistrado para adoptar un temperamento respecto a la situación migratoria de mi pupilo” (fs. 189).

También, se agravia de la falta de apertura a prueba, concretamente, al no haber hecho lugar a la producción de la prueba testimonial y a la informativa ofrecida en subsidio, mediante la



cual pretendía demostrar el contexto familiar y la situación de arraigo del señor Hidalgo Rojas, visibilizando los motivos por los que decidió migrar a la Argentina. Sostiene que, de esa forma, se limitó severamente su derecho de defensa en juicio, y que ello ocasionó un desequilibrio procesal que dejó a su parte sin tutela frente al ejercicio del poder punitivo estatal.

En otro orden, se agravia de que en el caso se haya aplicado el artículo 70 de la Ley 25.871, pues sostiene que con la modificación introducida por el Decreto de Necesidad y Urgencia nro. 70/17, en lo relativo a la extensión del plazo de la retención, se pasó de un plazo de 15 días, prorrogable hasta un máximo de 30 días, a uno de 30 días prorrogable por otros 30 días más. De manera tal que la retención se podría extender hasta 60 días sin exigir la acreditación de situaciones excepcionales que justifiquen la privación de la libertad con esa extensión. Además, señala que mediante aquella reforma también se permitiría que la retención se hiciera efectiva aun cuando estuviera pendiente un recurso de queja ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Por último, se agravia respecto de la forma en la que fueron impuestas las costas de la anterior instancia, porque considera razonable entender que a su parte le asistía un mejor derecho para impulsar esta demanda.

IV.- Que a fs. 211/214 dictaminó el señor Fiscal General ante esta Alzada.

V.- Que, en primer término, cabe recordar que esta Sala, en la causa nro. 3061/2017 “Centro de Estudios Legales y Sociales y otros c/ EN-DNM s/ Amparo – Ley 16.986”, sentencia del 22 de marzo de 2018, declaró, por mayoría, la invalidez constitucional del Decreto N° 70/2017. En consecuencia, la situación migratoria del recurrente deberá analizarse de conformidad con el texto original de la Ley 25.871. Máxime, cuando el antecedente invocado por la Dirección Nacional de Migraciones para declarar la irregularidad de la situación migratoria del demandante, es decir, el auto de procesamiento, fue dictado el 24 de abril de 2013 (fs. 64vta.).

VI.- Que, sentado ello, cabe señalar que en el artículo 29, inciso c), de la ley 25.871, se establece que “serán causas





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO  
FEDERAL- SALA V

impedientes 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". En el decreto reglamentario nro. 616/10, por su parte, se establece que "a los fines previstos en el artículo 29, incisos c), e), f), g) y h) de la Ley Nº 25.871, se entenderá por "condenado" a aquel extranjero que registre una sentencia condenatoria firme y por "antecedente", la condena no firme o el procesamiento firme dictados en su contra. El antecedente o la condena que se registre en el exterior sólo serán computados cuando el hecho que los origina constituya delito para la ley argentina. El antecedente o la condena que se registre en el país deberán ser acreditados por informe de la Dirección Nacional del Registro Nacional de Reincidencia o con copia certificada emitida por la autoridad judicial competente."

VII.- Que, el artículo 7, inciso e), de la Ley 19.549 establece que la motivación constituye 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).

VIII.- Que, sentado ello, cabe señalar que en el acto administrativo impugnado, la Dirección Nacional de Migraciones se limitó a señalar que el demandante, el señor R. Hidalgo Rojas, había sido procesado, sin hacer ningún tipo de referencia al monto de la pena que podría resultar aplicable en virtud de los delitos que le habían sido imputados, ni tampoco tuvo en cuenta las circunstancias actuales de



la causa penal en la que se habían dictado esos actos. En efecto, al interponer el recurso judicial contra las disposiciones dictadas por la autoridad migratoria, el señor Hidalgo Rojas acreditó que solo 3 días hábiles después de rechazar su recurso jerárquico interpuesto contra la Disposición nro. 29.966 del 9 de febrero de 2018, el Tribunal Oral en lo Criminal Federal nro. 2 de San Martín dispuso suspender a prueba el proceso contra el demandante (fs. 162).

Al respecto, cabe señalar que la Dirección Nacional de Migraciones no hizo referencia alguna con respecto a esta nueva circunstancia invocada y acreditada por el demandante (cfr. fs. 14/55 y 194/207). Por el contrario, al contestar el recurso judicial y el traslado de los agravios, señaló que el actor había sido “condenado” (fs. 205), y que, por ello, se encuentra dentro de los impedimentos establecidos en el artículo 29, inciso c), de la ley 25.871; sin embargo, ello nunca había sido invocado en las actuaciones administrativas, ni tampoco existen en esta causa judicial elementos que permitan dar cuenta de ello. Mas bien, parece referirse a otras actuaciones, toda vez que a fs. 22vta. destacó que “el 9 de abril de 2012 se dictó la sentencia donde se declara penalmente responsable a Michael Elías Calderón Barrientos, por ser coautor del delito de robo calificado por haber sido cometido en lugar poblado y en banda”.

En tal sentido, cabe recordar que de conformidad con el artículo 76 bis del Código Penal, en principio, la suspensión de juicio a prueba solo puede ser solicitada cuando el delito de acción pública imputado sea “reprimido con pena de reclusión o prisión cuyo máximo no exceda de tres años”. Además, en el artículo 76 ter, se establece que “si durante el tiempo fijado por el Tribunal el imputado no comete un delito, repara los daños en la medida ofrecida y cumple con las reglas de conducta establecidas, se extinguirá la acción penal”. En consecuencia, no bastaba con que la autoridad migratoria indicara en las disposiciones apeladas que el demandante había sido procesado por un delito, sino que debía acreditar que se habían cumplido con todos los extremos que establecían el texto original del artículo 29, de la ley 25.871, y su reglamentación. En particular, debía fundamentar por qué razones considera aplicable la causal prevista en el artículo 29 de la ley 25.871 - sin las modificaciones establecidas por el Decreto nro. 70/17 -, respecto





Poder Judicial de la Nación

**CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO  
FEDERAL- SALA V**

de una persona sobre la cual recayó un procesamiento firme, pero que fue beneficiada con la suspensión del juicio a prueba, en los términos del artículo 76, y subsiguientes, del Código Penal.

En tales condiciones, corresponde: Hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por la parte actora, revocar la sentencia apelada, declarar la nulidad de la Disposición nro. 29.966 del 9 de febrero de 2018, y su confirmatoria nro. 54.746 del 3 de abril de 2019, y reenviar las actuaciones a la instancia administrativa para que dicte un nuevo acto de conformidad con los términos del presente pronunciamiento. Asimismo, y en virtud de lo expuesto, resulta insustancial referirse con relación a los restantes agravios expresados por la actora en su recurso.

Por las razones expuestas, SE RESUELVE:

1) Hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por la parte actora, y revocar la sentencia apelada; 2) Hacer lugar a la demanda interpuesta a fs. 2/11, y declarar la nulidad de la Disposición nro. 29.966 del 9 de febrero de 2018, y su confirmatoria nro. 54.746 del 3 de abril de 2019; y 3) Reenviar las actuaciones a la instancia administrativa para que dicte un nuevo acto de conformidad con los términos del presente pronunciamiento. 4) Imponer las costas de ambas instancias en el orden causado, en atención a las particularidades de la causa (art. 68, segunda parte, del CPCCN).

ASI SE RESUELVE.

Regístrese, notifíquese, y devuélvase.-

**Guillermo F. Treacy**

**Jorge F. Alemany**

**Pablo Gallegos Fedriani**



---

*Fecha de firma: 26/09/2019*

*Alta en sistema: 30/09/2019*

*Firmado por: GUILLERMO F. TREACY - JORGE FEDERICO ALEMANY - PABLO GALLEGOS FEDRIANI*



#33683824#245402187#20190925145529727