



Poder Judicial de la Nación

CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
FEDERAL- SALA V

39847/2019 MONCADA CARBAJAL, J.M. c/ EN-M INTERIOR OP Y V-
DNM s/RECURSO DIRECTO DNM

Buenos Aires, de noviembre de 2021.-

VISTOS Y CONSIDERANDO:

I. Que, por medio de la sentencia del 24 de septiembre de 2019, la jueza de primera instancia rechazó el recurso interpuesto por J. M. Moncada Carbajal, y confirmó la Disposición nro. 203.822/18, y su confirmatoria nro. 91.307/19 de la Dirección Nacional de Migraciones, por medio de las cuales se había declarado irregular su permanencia, ordenado su expulsión del territorio nacional, y prohibido su reingreso con carácter permanente. Ello, por aplicación del artículo 29, inciso d), del texto de la ley 25.871 según el Decreto nro. 70/17, y debido a que la actora había sido condenada a la pena de 6 meses de prisión en orden al delito de “comercio de estupefacientes o cualquier materia prima para su producción tenencia con fines de comercialización, como autor penalmente responsable”. Además, autorizó la retención de la demandante una vez que la sentencia se encontrara firme y consentida, e impuso las costas en el orden causado.

Como fundamento, sostuvo que se había configurado la causal de impedimento para ingresar y permanecer en el país establecida en el artículo 29, inciso d), del texto de la ley 25.871 modificado por el Decreto nro. 70/17, que establecía: “Serán causas impeditivas del ingreso y permanencia de extranjeros al Territorio Nacional:....d) Haber sido condenado o estar cumpliendo condena, o tener antecedentes o condena no firme, en la República Argentina o en el exterior, respecto de delitos de tráfico de armas, de personas, de estupefacientes, de órganos o tejidos o por lavado de dinero o inversiones en actividades ilícitas”. Ello es así, porque “el causante fue condenado por el Juzgado Penal, Contravencional y de Faltas N° 12 de la Ciudad de Bs. As. en la Causa N° 4155/2019 a la pena de SEIS (6) meses de prisión cuyo cumplimiento ha sido dejado en suspenso como autor penalmente responsable del delito previsto y reprimido por el art. 5, inc. e) de la Ley 23.737”.



Al respecto, señaló que la recurrente no había rebatido “los sólidos argumentos expuestos por la demandada al tiempo del dictado de las disposiciones y resolución cuestionadas en autos, los que resultan actos ajustados a derecho por cuanto se han limitado a considerar que se hallaba configurado uno de los supuestos objetivos previsto como causas impeditivas que la habilitan como autoridad de aplicación, a denegar su solicitud de residencia y ordenar su posterior abandono del territorio nacional”.

II.- Que, por medio de la presentación del 2 de octubre de 2019 la Comisión del Migrante de la Defensoría General de la Nación en representación de la demandante Moncada Carbajal apeló y expresó agravios, los que fueron replicados por su contraria mediante la presentación del 18 de octubre de 2019.

En primer término, plantea la inconstitucionalidad del Decreto nro. 70/17 por considerar que afecta los derechos fundamentales de la recurrente. En particular, cuestiona el exiguo plazo establecido tanto en sede administrativa como en sede judicial para ejercer su derecho de defensa. También, cuestiona que se haya modificado el plazo mínimo de 3 años establecido en texto original del artículo 29 de la ley 25.871 “para encuadrar la situación de un extranjero en el impedimento del inciso c)”. Destaca que la modificación introducida por el Decreto suprimió ese mínimo de condena y se eliminó la dispensa que estaba prevista en el artículo 29 *in fine*.

También, se agravia de que la jueza de primera instancia no hubiera hecho ningún tipo de referencia al principio de razonabilidad, pese a que la “condena que motivó la expulsión del país fue de 6 meses en suspenso”. Sostiene que “de aplicarse la Ley 25871 en su redacción original, consideramos que la situación de la Sra. Moncada Carbajal debe analizarse conforme las previsiones de la dispensa prevista en el art. 29 *in fine* en su redacción original (que es aplicable al caso de marras) por motivos de *razones humanitarias*. Ello, en función de que mi mandante es una persona vulnerable por su condición de migrante, transexual, con los estigmas que conlleva en la sociedad del Perú”. Destaca que en ese país la población LGBT es percibida como “ciudadanos/as de segunda”, “poniendo en duda su calidad de seres humanos, con el fin de regatear y no reconocer a plenitud sus derechos





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
FEDERAL- SALA V

humanos en igualdad de condiciones, oportunidades y trato digno”. Precisa que al menos 38 personas LGBT fueron asesinadas entre 2001 y 2013, y 13, entre abril de 2014 y marzo de 2015. Sostiene que la Republica Argentina se encuentra entre los países avanzados respecto de esta temática, y que en el artículo 22 inciso 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que “en ningún caso el extranjero puede ser expulsado o devuelto a otro país, sea o no de origen, donde su derecho a la vida o a la libertad personal está en riesgo de violación”. Concretamente, expresa que en el caso rige y debe aplicarse el principio de no devolución.

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.

III.- Que el 23 de septiembre de 2021 el Tribunal admitió el hecho nuevo invocado por la recurrente mediante la presentación del 16 de octubre de 2019.

IV.- Que por medio de la presentación del 14 de octubre de 2021 dictaminó el señor Fiscal General ante esta Alzada, a cuyos fundamentos - respecto del planteo de inconstitucionalidad formulado por la parte actora - cabe remitir en razón de brevedad.

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, y de conformidad con lo dictaminado por el señor Fiscal General frente a esta Alzada, la situación



migratoria del interesado deberá analizarse de conformidad con el texto original de la Ley 25.871.

VI.- Que, en tal sentido, cabe señalar que en el artículo 29, inciso c), de la ley 25.871, se establece que “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”.

VII.- Que, al respecto, cabe recordar que ésta Sala se había pronunciado en casos análogos al presente (cfr. esta Sala en c. nro. 32.117/16: “N. G. A. A. c/ EN – M Interior – DNM s/ Recurso Directo DNM”, del 31/10/17; 6.980/2012 “C. Q. A. M. c/ EN-DNM- (RUILOPEZ) y otro s/ Recurso Directo DNM”, del 20/02/18; y 40.990/2017 “Zavaleta Valdiviezo, Jorge Víctor C/ En-M Interior Op Y V-Dnm S/ Recurso Directo”, del 22/02/18).

En los precedentes a los que se hizo referencia, el Tribunal, en términos generales, señaló que la norma se refiere específicamente a determinados delitos (tráfico de armas, de personas y de estupefacientes, lavado de dinero e inversiones en actividades ilícitas), así como -genéricamente- a delitos que merezcan para la ley argentina una pena privativa de la libertad de 3 años. Ello así, pues la interpretación que impidiera el ingreso o permanencia en el país, privaría de sentido a la parte final del inciso c) del artículo 29 de la Ley N° 25.871, y los demás impedimentos contempladas en el artículo 29; pues tales previsiones legales resultaban superfluas si bastara con cualquier condena para fundar el impedimento de ingreso o permanencia en el país (conf. art. 29 incs. f) y g) de la Ley N° 25.871, en su texto original).

Con posterioridad, en la sentencia dictada el 8 de mayo de 2018, en la causa N° 46.527/11 “Apaza León Pedro Roberto c/ EN -DNM Disp 2560/11 (Exp 39845/09) s/Recurso Directo para Juzgados”, la Corte Suprema de Justicia de la Nación señaló que “el uso de la disyuntiva “o” en el texto del artículo 29, inciso c, de la ley 25.871 no evidencia que el legislador buscara que dicha disyunción operase como excluyente entre “antecedente” y “condena”, y concluyó que solamente





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
FEDERAL- SALA V

quedaría incluido en la causal prevista en el artículo 29, inciso c), de la ley 25.871 “quien en el país o en el exterior haya sufrido condena penal -o tuviera antecedentes- por alguno de los delitos mencionados, o por delitos cuya pena mínima en la legislación argentina esté prevista en tres o más años de prisión, encuadraría en la causal impeditiva reglada en la norma” (cfr. considerando 6°).

VIII.- Que, sentado ello, cabe recordar que por medio de la Disposición nro. 203.822/18, la Dirección Nacional de Migraciones decidió declarar irregular la permanencia de la recurrente, ordenar su expulsión del territorio nacional y prohibir su reingreso con carácter permanente, debido a que la actora contaba con “un procesamiento firme dictado por el Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal N° 5, Secretaría N° 9, por haber infringido “prima facie” la ley 23.737”, y se destacó que la causa se encontraba en trámite ante el Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 2 de la Capital Federal (fs. 34/37, de las actuaciones administrativas). Asimismo, por medio de la Disposición nro. 91.307/19 se rechazó el recurso de reconsideración interpuesto por la recurrente en sede administrativa, por considerar que la actora había sido condenada a la pena de 6 meses de prisión en orden al delito de “comercio de estupefacientes o cualquier materia prima para su producción tenencia con fines de comercialización, como autor penalmente responsable” (fs. 75/78, de las actuaciones administrativas).

Sin embargo, de las constancias administrativas surge que la actora había sido condenada a la pena de 6 meses de prisión en suspenso en razón del “delito previsto y reprimido por el art. 5, inciso e), último párrafo, de la Ley 23.737”. Es decir, aquel que establece que “En el caso del inciso e) del presente artículo, cuando la entrega, suministro o facilitación fuere ocasional y a título gratuito y por su escasa cantidad y demás circunstancias, surgiere inequívocamente que es para uso personal de quien lo recepta, la pena será de seis (6) meses a tres (3) años de prisión y, si correspondiere, serán aplicables los artículos 17, 18 y 21.”

Sentado ello, y en virtud de lo expuesto en el considerando precedentemente, en el caso no se acreditó la configuración de la causal objetiva de impedimento para ingresar y permanecer en el país establecida en el artículo 29, inciso c), de la Ley



25.871, según el texto anterior a la reforma introducida por el Decreto de Necesidad y Urgencia nro. 70/2017. En tal sentido, no basta con señalar en las disposiciones apeladas que la demandante había sido condenada por un delito o que registra un antecedente penal en otro país, sino que debe acreditar que se han cumplido con todos los extremos que establecía el texto original del artículo 29, de la ley 25.871, y su reglamentación (esta Sala, en causa nro. 81554/2018 “*Palacios Chacon, Constante Marcel c/ EN-M Interior OP y V-DNM s/Recurso Directo DNM*”, del 3 de diciembre de 2019).

En particular, debía fundamentar por qué razones consideraba aplicable la causal prevista en el artículo 29 de la ley 25.871 - sin las modificaciones establecidas por el Decreto nro. 70/17 -, respecto de una persona sobre la cual había recaído un condena a seis (6) meses de prisión en razón del “delito previsto y reprimido por el art. 5, inciso e), último párrafo, de la Ley 23.737”, que implica haber entregado, suministrado o facilitado estupefacientes, de manera ocasional y a título gratuito, que por su escasa cantidad y demás circunstancias, surgiere inequívocamente que es para uso personal de quien lo recepta. Máxime, cuando ni en las disposiciones cuestionadas ni al contestar los agravios ante esta Alzada la Dirección Nacional de Migraciones invocó que el delito por el cual la actora fue condenada sea equivalente al de “tráfico de estupefacientes”, tal cual se establece en el artículo mencionado precedentemente. Asimismo, y en caso contrario, la condena aplicada a la recurrente no supera el mínimo de 3 años establecido en artículo 29, inciso c), de la ley 25.871, en los términos referidos en el considerando precedente.

IX.- Que, por otra parte, no es posible soslayar las razones invocadas por la recurrente como hecho nuevo para solicitar la dispensa de la medida expulsiva por razones humanitarias. Al respecto, la recurrente acreditó que padece HIV mediante una certificación médica emitida por el Hospital “Francisco Javier Muñiz”, y también invocó que integra el colectivo LGBTI. Destacó que se trata de una comunidad que se encuentra particularmente expuesta a la violencia en su país de origen (Perú). Ninguna de estas circunstancias fueron controvertidas por su contraria. Por el contrario, al replicar los agravios de la actora, la autoridad migratoria señaló que: “en el caso del actor, la DNM





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
FEDERAL- SALA V

analizó que la expulsión dictada al actor por haber ingresado por pasos fronterizos no habilitados o eludiendo el control migratorio fue proporcionada con los fines de orden público de promover el orden internacional y la justicia, (art. 3 Ley 25.871)". Es decir, controvirtiendo la propia situación objetiva que la Dirección Nacional de Migraciones había invocado para fundamentar la medida expulsiva examinada en autos. También, hizo referencia a una persona distinta de la actora, al señalar que "Como acción voluntaria autónoma, la Sra. RODRIGUEZ JIMENEZ MARY ESTHER debe soportar las consecuencias que la misma provoca" (cfr. presentación del 18 de octubre de 2019).

Al respecto, cabe recordar 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).

En consecuencia, y en virtud de lo señalado, cabe señalar que las autoridades competentes no ponderaron, al momento de examinar la situación migratoria de la demandante, todos los intereses en juego. Es decir valorar, por un lado, la naturaleza y gravedad del delito referido y las razones de orden y seguridad públicas, y, de otro, las razones que informan el principio de no devolución, en los términos del artículo 22, incisos 3º y 8º, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y del artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (cfr. mi voto en la Causa N° 53674/2018 "Saldaña Shupingahua Salome c/ EN - M Interior OP y V – DNM s/ Recurso Directo DNM", del 25 de junio de 2019).



En tal sentido, cabe señalar que la dispensa prevista en la última parte del artículo 29 de la ley 25.871, no puede ser denegada en base a consideraciones genéricas y abstractas, formuladas de un modo tal que podrían ser aplicables a todos los casos por igual, de manera estereotipada y sin una explicación razonada de las circunstancias y de los intereses que están en juego en cada caso; tal como la expresada en el considerando VII de la Disposición nro. 91.307 del 5 de julio de 2019 (esta Sala, en c. nro. 22.134/2018 “Egoavil Salcedo, Arbel Zandhar c/ EN-Minterior OP y V- DNM s/Recurso Directo DNM”, del 9 de noviembre de 2018, entre otros). Ello, pues, pese a lo señalado en reiteradas oportunidades, el hecho de que la facultad prevista en el artículo 29 de la Ley constituya una atribución de la autoridad migratoria no la exime de observar un elemento esencial como es la motivación suficiente, pues es precisamente en este ámbito de la actividad administrativa donde la motivación se hace más necesaria (conf. Fallos 314:625; 315:1361).

X.- Que, en tales condiciones, y en virtud de lo expuesto, **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 en estas actuaciones, y declarar la nulidad de la Disposición nro. 203.822/18, y su confirmatoria nro. 91.307/19, de la Dirección Nacional de Migraciones; 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

