



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE LA PLATA - SALA I

En la ciudad de La Plata, a los días del mes de junio del año dos mil dieciocho, reunidos en Acuerdo los señores Jueces que integran la Sala Primera de esta Cámara Federal de Apelaciones, para tomar en consideración el presente expediente N° FLP 32156/2017/CA1, caratulado “VERA CAYOTOPA, WILLIAM JUNIOR C/ DIRECCIÓN NACIONAL DE MIGRACIONES S/ RECURSO DIRECTO”, procedente del Juzgado Federal de Primera Instancia N° 3 de Lomas de Zamora.

Y CONSIDERANDO

EL JUEZ LEMOS ARIAS DIJO:

I. El *a quo* resolvió desestimar en los términos del art. 69 septies de la Ley N° 25871 (Ley Migratoria) el recurso judicial deducido por el Sr. William Junior Vera Cayotopa, con costas.

En consecuencia, confirmó la Disposición SDX de la Dirección Nacional de Migraciones (en adelante, DNM) N° 064384 del día 6 de abril de 2017, mediante la cual se rechazó el recurso jerárquico interpuesto por el migrante, y quedaron firmes las medidas ordenadas en la disposición SDX N° 96654 dictada por la DNM con fecha 29/04/2016 obrante a fs. 41/44, a saber: a) la declaración irregular de su permanencia en el país, b) la orden de expulsión del territorio nacional en los términos del art. 61 de la Ley N° 25871, c) la prohibición de su reingreso a la República Argentina con carácter permanente conforme el inciso b) del artículo 63 de la Ley 25871 y, d) la cancelación de la residencia precaria emitida a su favor.

Asimismo, desestimó tanto el planteo de inconstitucionalidad del art. 14 del Decreto N° 70/2017, como el pedido de nulidad del procedimiento administrativo postulado por el apelante.

Por otra parte, decidió autorizar a la DNM a que -una vez que se encuentre firme el decisorio- proceda a la detención del extranjero en la forma establecida en los artículos 69 octies y 70 de la Ley Migratoria, y en los términos detallados en el considerando VIII de su sentencia.

Para así decidir, y en lo fundamental, el Juez de la Instancia anterior consideró que el art. 29 de la Ley Migratoria enumera diversas causas impeditivas del ingreso y permanencia de extranjeros en territorio nacional, estableciendo en el inciso c) del artículo referido –previo a la reforma del DNU





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE LA PLATA - SALA I

70/2017- la siguiente *“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”*.

Por ello, considera que la situación objetiva que derivó en la “no admisión” del Sr. Vera Cayotopa en el territorio nacional y en el dictado de la Disposición SDX N° 096654 citada, fue que había sido condenado por el Tribunal Oral en lo Criminal N° 9 del Departamento Judicial de Lomas de Zamora a la pena de cuatro años de prisión por resultar autor penalmente responsable del delito de homicidio en grado de tentativa.

II. Frente a esa decisión, a fs. 233/245 interpone recurso de apelación la defensora pública oficial, haciendo saber a fs. 246 que efectúa dicha presentación en carácter de gestora del Sr. Vera Cayotopa (conf. art. 48 del CPCCN, actuación que fuera luego ratificada por este último a fs. 249) obrando réplica por parte de la apoderada de la demandada a fs. 251/263 .

Los motivos de agravio del recurrente pueden sintetizarse en la forma que sigue: a) que el Juez no haya considerado los argumentos de reunificación familiar esgrimidos, ni considerado aplicable al caso la dispensa prevista en el art. 29 de la ley 25871; b) que en el presente caso se han violentado los principios de igualdad y de no discriminación; c) del rechazo de los planteos de inconstitucionalidad del Decreto de Necesidad y Urgencia (DNU) N° 70/2017 y de nulidad del procedimiento; d) que lo actuado constituye una violación del principio *ne bis in idem*, dado que el Sr. Vera Cayotopa ha sido condenado a 4 años por un delito cometido en el país, y por el mismo hecho se lo sanciona con la expulsión.

III. Que a fs. 271 el Sr. Fiscal ante la Cámara dictamina la competencia de este Tribunal para entender en estas actuaciones.

Por otra parte, se le confiere nueva vista a fs. 276 a los fines que se expida sobre el planteo de inconstitucionalidad efectuado del DNU 70/2017, y sobre los efectos y alcances, en el presente proceso, de la causa colectiva “CENTRO DE ESTUDIOS LEGALES Y SOCIALES Y OTROS C/ EN- DNM s/ AMPARO LEY 16986”, expediente CAF 3061/2017, en trámite ante el Juzgado Contencioso Administrativo Federal 1 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE LA PLATA - SALA I

En respuesta, este último emite dictamen a fs. 277/278 en donde afirma que “(...) *en punto a la pretendida inconstitucionalidad del decreto 70/2017, atento que surge del Registro Público de Acciones Colectivas de la Corte, la existencia de un proceso en trámite ante la Justicia en lo Contencioso Administrativo Federal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, acción de amparo por parte del Centro de Estudios Legales y Sociales (...) dirigidas a obtener la declaración de la nulidad absoluta e insanable del Decreto de Necesidad y urgencia N° 70/2017 en tanto lesionaría el conjunto de garantías mínimas del debido proceso, el derecho a la protección judicial efectiva y el acceso a la justicia, así como el derecho a igual protección de la ley, a la no discriminación y a la libertad ambulatoria, en trámite ante el Juzgado Contencioso Administrativo Federal N° 1 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires Expte. 3061/2017 caratulado “CENTRO DE ESTUDIOS LEGALES Y SOCIALES Y OTROS C/ EN-DNM S/ AMPARO LEY 16986”, causa que se encuentra radicada en la Excma. Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal Sala V, en las que se ha dispuesto con fecha 20 de diciembre de 2017, autos para resolver, atento los recursos interpuestos contra la sentencia del 18 del mes de octubre de 2017 por las que el Sr. Juez Federal, Dr. Ernesto I. Martinelli, resolviera rechazar la acción de amparo colectivo, con la salvedad establecida en el considerando 14 acerca del procedimiento que deberá observar la Dirección Nacional de Migraciones en la aplicación del art. 86 de la Ley de Migraciones, modificada por el decreto 70/2017, **en opinión de este Ministerio Público deberá estarse a lo que allí se resuelva, con la correspondiente declaración parcial a favor de la justicia capitalina para su acumulación (...)**” (ver fs. 277 vta. énfasis agregado).*

IV. Que con fecha 22 de marzo del 2018, en la causa citada *ut supra*, la Sala V de la Cámara Contencioso Administrativo Nacional, por mayoría, resolvió hacer lugar al recurso de los apelantes. En consecuencia, revocó la sentencia del Juzgado Contencioso Administrativo Federal N° 1 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, declarando la invalidez constitucional del DNU 70/2017.

V. Liminarmente, cabe indicar que de conformidad a lo que surge del Registro Público de Procesos Colectivos de la Corte Suprema de justicia de la Nación, en la causa “*Centro De Estudios Legales Y Sociales...*” mencionada más arriba, el objeto de la pretensión consiste en la declaración de nulidad, absoluta e





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE LA PLATA - SALA I

insanable, del Decreto de Necesidad y Urgencia N° 70/17, su alcance es nacional, y la composición de la clase incluye a “*Todas aquellas personas migrantes que se encuentran o se encontraren en el futuro sometidas a trámites administrativos o judiciales de expulsión*”.

Que sin perjuicio de ello, en la presente causa el Sr. Vera Cayotopa ha intentado la vía individual para decidir la suerte de su reclamo frente a las medidas dispuestas por la DNM, en virtud de lo cual, este accionar ha de ser interpretado como una decisión de excluirse de la clase representada en el proceso colectivo indicado (*opt out*).

En materia de acciones colectivas, independientemente de la suerte que corra el caso –ya sea que la pretensión prospere, sea rechazada, o se logre un acuerdo [cabe aclarar, en los procesos en los cuales el objeto discutido permita esta posibilidad]- el debido proceso solo puede ser satisfecho cuando un miembro de la clase ausente es anoticiado del proceso y tiene la posibilidad de optar por no participar de aquel (ver Issacharoff, Samuel, “*Preclusion, Due Process, and the Right to Opt Out of Class Actions.*”, Notre Dame Law Review, Vol. 77, 2002; Columbia Law School, Pub. Law Research Paper No. 02-40. Disponible en <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.306001>).

En este sentido, más allá de las diversas opiniones y discrepancias que puedan existir respecto al valor práctico que tiene el derecho a excluirse de un proceso colectivo, hay una proposición sobre la cual existe un acuerdo generalizado. En ella se afirma que el aspecto del debido proceso que se tiende a proteger a través de la operatividad del “*opt out*” se encuentra vinculado con respetar el derecho de toda persona a tener el llamado “*día en la corte*” (“*day in court*”). Así, la opción de excluirse es valiosa principalmente porque permite a los miembros ausentes del colectivo que sus reclamos no se *extingan* en la demanda colectiva, pudiendo presentar sus acciones individuales (ver al respecto Williams, Ryan C., “*Due Process, Class Action Opt Outs, and the Right Not to Sue*” (October 22, 2014), Columbia Law Review, Vol. 115, 2015. Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=2513539>).

Que a su vez, siendo que la pretensión del Sr. Vera Cayotopa en estudio es de cariz netamente individual, enfocada en los aspectos particulares que la alegada inconstitucionalidad del DNU 70/2017 tendría en su caso, entiendo que el ejercicio de la acción se encuentra plenamente justificado.





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE LA PLATA - SALA I

De tal forma, el envío de las actuaciones al fuero contencioso administrativo federal podría conculcar o dificultar el acceso a la justicia del aquí recurrente. En consecuencia, y no obstante lo expuesto en el atendible dictamen del Sr. Fiscal, entiendo que no es procedente la remisión mentada, debiendo resolver este Tribunal el recurso en estudio por ser competente al efecto.

VI. Que sentado lo anterior, corresponde adentrarse en la consideración de los agravios traídos a conocimiento de este Tribunal por el apelante, para lo cual es oportuno poner de resalto que los jueces no están obligados a analizar todas y cada una de las argumentaciones de las partes, sino solamente aquellas que son conducentes y poseen relevancia para resolver el caso (Fallos 258:304; 262:222; 265:301; 272:225; entre otros).

Que la cuestión central a dilucidar resulta ser la legitimidad de lo resuelto en la Disposición SDX N° 064384 del día 6 de abril de 2017 de la DNM –que al rechazar el recurso interpuesto por el Sr. Vera Cayotopa confirmó lo decidido en la disposición SDX N° 96654 de fecha 29/04/2016-, de conformidad al ordenamiento jurídico vigente en nuestro país y en atención a las vicisitudes que se plantean en el *sub examine*.

Los antecedentes de la causa dan cuenta de que el Sr. Vera Cayotopa fue condenado a 4 años de prisión por el Tribunal en lo Criminal N° 9 del Departamento Judicial de Lomas de Zamora, por ser encontrado autor penalmente responsable del delito de homicidio en grado de tentativa (ver fs. 17/20 y conc.) lo que motivara –entre otras medidas- su expulsión del país por parte de la DNM mediante las disposiciones mencionadas.

Es útil recordar que la política migratoria de un Estado está constituida por todo acto, medida u omisión institucional (leyes, decretos, resoluciones, directrices, actos administrativos, etc.) que verse sobre la entrada, salida o permanencia de población nacional o extranjera dentro de su territorio (Cfr. Condición Jurídica y Derecho de los Migrantes Indocumentados, Opinión Consultiva OC-18-03 de 17 de septiembre de 2003, serie A No. 18, parr. 163).

En este orden de ideas, incumbe al legislador la faena de determinar los objetivos, fines y alcances de la política migratoria, regulando –entre otros aspectos- las condiciones de ingreso y permanencia de inmigrantes en el territorio nacional, como así también, los presupuestos de procedencia de su expulsión, a través de la autoridad competente.





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE LA PLATA - SALA I

En cuanto al punto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que *“este Tribunal ha insistido en su jurisprudencia consultiva y contenciosa en el hecho de que, en el ejercicio de su facultad de fijar políticas migratorias, los Estados pueden establecer mecanismos de control de ingreso a su territorio y salida de él con respecto a personas que no sean nacionales suyas, siempre que dichas políticas sean compatibles con las normas de protección de los derechos humanos establecidas en la Convención Americana”* (Corte Interamericana de Derechos Humanos, opinión consultiva oc-21/14, de 19 de agosto de 2014 , solicitada por la república Argentina, la república federativa de Brasil, la república del Paraguay y la república oriental del Uruguay, Derechos y Garantías de Niñas y Niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional, consid. 39).

En efecto, si bien los Estados guardan un ámbito de discrecionalidad al determinar sus políticas migratorias, sus objetivos deben tener presente el respeto por los derechos humanos. Por ello, dichas políticas deben ejecutarse con el respeto y la garantía de aquellos, y en consecuencia, las distinciones que los Estados establezcan deben ser objetivas, proporcionales y razonables (ver *“Condición Jurídica y Derecho de los Migrantes Indocumentados....”* citada, parr. 168).

La medida de expulsión de personas que no sean nacionales del país, entonces, se erige como una de las facultades soberanas que el derecho internacional reconoce a los Estados, siempre que en su dictado se respeten los derechos humanos fundamentales, no sea una medida arbitraria ni colectiva, y tenga como fin el cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley (ver en este sentido lo dispuesto por el art. 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el art. 22 inc. 6 Convención Americana de Derechos Humanos).

El legislador fijó con claridad en el artículo 3 de la Ley de Migraciones cuales son los objetivos perseguidos por la política migratoria Argentina, y en relación al tópico en estudio, el inciso j dispone: *“Promover el orden internacional y la justicia, denegando el ingreso y/o la permanencia en el territorio argentino a personas involucradas en actos reprimidos penalmente por nuestra legislación”*. Y en relación a los derechos y obligaciones de los extranjeros, estableció que *“El Estado asegurará las condiciones que garanticen*





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE LA PLATA - SALA I

una efectiva igualdad de trato a fin de que los extranjeros puedan gozar de sus derechos y cumplir con sus obligaciones, siempre que satisfagan las condiciones establecidas para su ingreso y permanencia, de acuerdo a las leyes vigentes” (art. 5).

En esa línea, el artículo 29 de la ley citada -texto previo a la reforma dispuesta por el DNU 70/2017- establecía entre las causas impeditivas del ingreso y permanencia de extranjeros al Territorio Nacional: “(..) **c) 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; (..)**” (énfasis agregado)

Que en la tarea de interpretar esta norma a fin de establecer si resulta aplicable a la situación de autos, es útil señalar que *“cada norma vigente es indeterminada, en el sentido que no se sabe exactamente que casos recaigan en su campo de aplicación (..) En consecuencia, dada una norma cualquiera, hay casos a los que ésta es seguramente aplicable, casos a los que seguro no puede ser aplicada y, finalmente, casos “dudosos” o “difíciles” (hard cases, como se suele decir) para los que la aplicación de la norma es discutible”* (Guastini, Riccardo, *“Interpretación y construcción jurídica”*, revista ISONOMIA N° 43, octubre 2015, pp. 11-48).

A su vez, es preciso recordar que la primera fuente de interpretación de la ley es su letra, y cuando ésta no exige esfuerzo de comprensión debe ser aplicada directamente, sin que sea admisible efectuar consideraciones ajenas al caso que aquélla contempla (Fallos: 313:1007; 314:458; 315:1256; 318:950; 324:2780).

En esta inteligencia, la Corte Suprema de Justicia de nuestro país ha señalado respecto al art. 29 inciso c en análisis –texto anterior a la reforma del DNU 70/2017- que *“...la 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. De*





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE LA PLATA - SALA I

acuerdo con este inciso 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 impediende reglada en la norma” (“Apaza León, Pedro Roberto c/ EN –DNM disp. 2560/11 (exp. 39.845/09) s/ recurso directo para juzgados”, Corte Suprema de Justicia de La Nación, sentencia del 8 de mayo del 2018).

Bajo tales premisas, se advierte que el caso del Sr. Vera Cayotopa se subsume en las previsiones del inciso c citado, por incurrir en uno de los supuestos allí consignados, puesto que ha sido condenado en Argentina a una pena privativa de la libertad superior a los 3 años, lo cual descarta de plano la existencia de discriminación hacia su persona, en lo resuelto por la DNM.

Que lo dicho no importa desconocer en forma alguna los principios de igualdad ante la ley y de no discriminación, derechos humanos respecto de los cuales el Poder Judicial debe guardar el mayor recelo (Conf. Arts. 16, 20 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional Argentina; Arts. 1, 2 y 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; Arts. 2, 3, y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Arts. 2, 7.a.i, 7.c), y 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Art. 2 de la Declaración Americana de Los Derechos y Deberes del Hombre; Arts. 1.1. y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

Por el contrario, al encuadrar la conducta del Sr. Vera Cayotopa en uno de los supuestos previstos normativamente que se corresponden con la expulsión dispuesta, esta tesitura encuentra basamento en un criterio de índole objetivo, ubicándolo en un plano de igualdad con cualquier otra persona en idéntica situación.

En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado con claridad el alcance de los términos “distinción” y “discriminación”, al decir que el primero se emplea para lo admisible, por ser razonable, proporcional y objetivo; en cambio el último se utiliza para hacer referencia a lo inadmisibles, por violar los derechos humanos. Por lo tanto, discriminación se refiere a “... *toda exclusión, restricción o privilegio que no sea objetivo y razonable, que redunde en detrimento de los derechos humanos*” (Corte





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE LA PLATA - SALA I

Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-18/03, del 17/09/2003, considerando 84).

Por tales razones, entiendo que corresponde rechazar los agravios relacionados con la violación del principio de igualdad ante la ley y el de no discriminación.

VII. *Ne bis in idem*.

Que el recurrente sostiene que la disposición de la DNM viola el principio del *ne bis in idem*, al disponer una sanción por un hecho que ya fuera juzgado y mereciera una condena en sede penal.

En virtud del principio citado, como resulta conocido, se establece la interdicción de que alguien sea perseguido penalmente más de una vez por el mismo hecho (art. 1 CPPN), y su configuración requiere de la concurrencia de una triple identidad entre distintos juzgamientos: a) sujeto, b) el objeto de la persecución o el hecho, c) fundamento.

En relación a este último elemento -entendido como la causa o motivo del juzgamiento-, para poder hablar de identidad es necesario que los bienes tutelados sean homónimos, situación que no se verifica en la presente causa.

El sometimiento bajo un mismo hecho a un procedimiento administrativo y a una investigación penal no equivale a una violación de la garantía en examen en la medida en que las responsabilidades en ambas jurisdicciones sean de distinta naturaleza (causa "Pousa, Lorenzo s/ deduce acción de amparo contra el Banco Central de la República Argentina", Corte Suprema de Justicia de la Nación, Sentencia del 21 de febrero de 1969, Fallos 273:66.)

Por ser ello así, este agravio debe ser rechazado.

VIII. Dispensa del Art. 29 de la Ley de Migraciones.

Que llegado a este estadio del análisis, corresponde adentrarnos en la crítica que efectúa el recurrente a la sentencia de la instancia anterior, por considerar que ésta no tuvo en cuenta los argumentos de reunificación familiar postulados, para que le sea concedida la dispensa prevista en el último párrafo del art. 29 de la Ley de Migraciones. Para sustentar esta postura, afirma que su grupo familiar esta compuesto por dos hijas nacidas en Argentina, su pareja y una tía (ver informe de fs. 29 y documental de fs. 156-166)

Es oportuno señalar que la Corte Suprema de nuestro país ha sostenido que las razones de oportunidad, mérito o conveniencia tenidas en cuenta por los otros





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE LA PLATA - SALA I

poderes del Estado para adoptar decisiones que les son propias no están sujetas al control judicial (Fallos: 98:20; 147:403; 150:89; 160:247; 238:60; 247:121; 251:21; 275:218; 295:814; 301:341; 302:457; 303:1029; 308:2246; 321:1252, entre muchos otros).

Todo lo relativo al ejercicio de las facultades privativas de los órganos de gobierno queda, en principio, excluido de la revisión judicial; pero ello no obsta a que se despliegue con todo vigor el ejercicio del control constitucional de la razonabilidad de las leyes y de los actos administrativos (Fallos: 112:63; 150:89; 181:264; 261:409; 264:416; 318:445), frente a la iniquidad manifiesta de una norma (Fallos: 171:348; 199:483; 247:121; 312:826) o de un acto de la administración (Fallos: 292:456; 305:102; 306:126 y 400).

Por su parte, esta Sala ha tenido ocasión de manifestar que *“La potestad del Poder Judicial de revisar los actos administrativos comprende, como principio, el control de su legitimidad -que no excluye la ponderación del prudente y razonable ejercicio de las facultades de las que se hallan investidos los funcionarios competentes- pero no el de oportunidad, mérito o conveniencia de las medidas adoptadas. Dicho control supone el de la debida aplicación de las normas estatutarias, de manera que los hechos se clarifiquen adecuadamente y lo decidido se ajuste al texto legal (conf. Fallos: 311:2128). El control judicial de los actos discrecionales o de pura administración encuentra su ámbito de actuación, por un lado, en los elementos reglados de la decisión - entre los que cabe encuadrar, esencialmente, a la competencia, la forma, la causa y la finalidad del acto - y por otro, en el examen de su razonabilidad (Fallos: 320:2509)”* (causa “Carballo, Ricardo Manuel C/ Poder Ejecutivo Nacional s/ impugnación acto administrativo”, expediente n° FLP 61036983/2010, sentencia del 08 de agosto del 2017).

En esta línea de razonamiento, no puede perderse de vista que la *discrecionalidad* no es asimilable a la *arbitrariedad*. Una vez sometidos los actos administrativos al escrutinio sobre su legitimidad, si encuentran fundamento en la razonabilidad y la legalidad serán plenamente validos, y por el contrario, resultarán arbitrarios si la decisión es contraria a la razón, a la buena fe y a la justicia, entre otros valores jurídicos.

Por ello, el control jurisdiccional sobre la discrecionalidad se limita a corregir una actuación administrativa ilógica, abusiva o arbitraria pero no implica





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE LA PLATA - SALA I

que el juez sustituya a la Administración en su facultad de decidir en aspectos fácticos que no presenten aquellos vicios, ya que dicha competencia jurisdiccional es revisora, no sustitutiva (Fallos: 331:1369; 330:717; 327:548).

Sentado ello, y a los fines de determinar la aplicación de la dispensa en la causa bajo examen, el artículo 29 citado *ut-supra* establecía, en su anterior redacción, que “*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*” (el resalte me pertenece).

Precisamente, de esta norma surge que el legislador ha conferido a la autoridad competente la facultad discrecional de conceder la “dispensa” de las medidas de expulsión a los migrantes, en forma excepcional, la cual debe ser instrumentada mediante una resolución fundada. De acuerdo a la Real Academia Española, por <excepcional> ha de entenderse aquello “*Que constituye excepción de la regla común*”, y por <excepción> “*Cosa que se aparta de la regla o condición general de las demás de su especie*” (ver www.rae.es).

Al momento de interpretar este instituto, se ha afirmado que “*...de acuerdo a los términos que se han utilizado en su redacción, se advierte con meridiana claridad que resulta una facultad de la Dirección Nacional de Migraciones el otorgamiento de la dispensa supra mencionada (conf. esta Sala in re “Segura Gómez, Luis Antonio c/ EN-M. Interior OP y VDNM s/ Recurso directo DNM”, del 12/12/17). Por cierto, cabe observar que la terminología empleada en el artículo analizado, no ha sido tachada de vaga ni mucho menos de ambigua, de modo que cabe descartar la configuración de dichos obstáculos interpretativos*” (causa “Hatamleh, Ahmad Mahmoud Fayyad c/ EN-M. Interior OP y V-DNM s/ Recurso directo DNM”, Cámara Contencioso Administrativo Federal- Sala II, Expte. n° 50.995/2017, sentencia del 8 de marzo del 2018).

De esta forma, es fácil advertir que el otorgamiento de la dispensa no constituye la generalidad o habitualidad, sino un supuesto anómalo en el cual la administración brinda una solución distinta a la prevista normativamente. Asimismo, al establecerse que los requisitos que habilitan su procedencia han de ser por “razones humanitarias o de reunificación familiar” y agregar, luego, que





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE LA PLATA - SALA I

la resolución fundada debe efectuarse “*en cada caso particular*”, se infiere que recae sobre la DNM la obligación de brindar una motivación y desarrollo argumental que permita conocer las razones que justifiquen la alteración de la regla, al eludir al peticionario del impedimento establecido en el artículo analizado.

De la hermenéutica de la norma en análisis se concluye entonces que la sola invocación de razones humanitarias o de reunificación familiar no opera en forma automática a los fines de la dispensa. Es decir, no se prevé una aplicación para todos los casos que recaigan en estas “clases” o “categorías” excepcionales. De haber sido esa y no otra la voluntad del legislador, expresamente se habría consignado que el impedimento de ingreso o de permanencia en nuestro país no resultaba aplicable –o una técnica de redacción similar- cuando se presente un caso que encuadre en alguna de estas dos categorías mencionadas.

Muy por el contrario, la intención del legislador ha ido en sentido de darle plena operatividad a los supuestos estipulados en el art. 29, en el entendimiento de que cuentan con la gravedad suficiente para merecer los impedimentos citados.

No obstante lo cual, y tal como se dijera más arriba, la propia ley le ha conferido la facultad al Poder Ejecutivo de analizar la no aplicación de estos impedimentos, ciñendo el margen de apreciación a dos únicos supuestos excepcionales, de notoria importancia, como son aquellos casos en donde se vean comprometidas razones humanitarias o de reunificación familiar.

Que en dicha faena, la conclusión a la cual se arribe en el acto administrativo resolutorio debe estar precedida necesariamente por una tarea de ponderación de los derechos e intereses en pugna. Es lógico entender que dicha ponderación debe quedar explicitada en el acto administrativo a los fines de cumplimentar el deber de motivación, lo cual constituye un elemento esencial, dado que al exponerse las razones por las cuales se toma una decisión se garantiza a los habitantes un adecuado ejercicio de control sobre la actividad de los funcionarios públicos, encontrándose ello estrechamente vinculado con los principios sustanciales de la forma republicana representativa de gobierno (Art. 1 Constitución Nacional).

Al respecto, Morello afirmaba que “*El deber de motivación, que guarda implicancia con el objeto y la voluntad del acto administrativo, en particular en*





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE LA PLATA - SALA I

lo concerniente a su razonabilidad, en la esfera de la decisión debe conformarse de una manera asimismo adecuada al derecho vigente, de suerte que no sea el producto de la sola (discrecional y muchas veces arbitraria) voluntad del funcionario (...). Tanto en el procedimiento administrativo como obviamente en el proceso judicial, las respuestas son emanaciones jurisdiccionales latu sensu que deben portar la conclusión razonada del ordenamiento jurídico vigente a las circunstancias probadas en uno y en otro” (Morello, Augusto M. “Experiencias del procedimiento administrativo que pueden contribuir al mejoramiento del proceso civil”, publicado en: La Ley 1987-A , 1097 • LLP 1987 , 446).

A mayor abundamiento, no debe soslayarse que la propia Ley de Ética en el Ejercicio de la Función Pública establece como pauta y deber de los funcionarios *“Fundar sus actos y mostrar la mayor transparencia en las decisiones adoptadas sin restringir información, a menos que una norma o el interés público claramente lo exijan”* (Ley 25188, art. 2 inc. C).

De las constancias de autos se aprecia que en la disposición SDX N° 96654 que ordenara, entre otras, la medida de expulsión del aquí recurrente, la DNM no ha hecho referencia a la existencia de una hija en nuestro país (ver fs. 29 y acto de fs. 41/44).

Frente a ello, en oportunidad de interponer el recurso jerárquico en sede administrativa, el Sr. Vera Cayotopa invocó razones de reunificación familiar a los fines que le sea concedida la dispensa, manifestando *“yo vera cayotopa Willian Junior (sic)...solicito nuevamente la radicacion argentina, habiendome sido rechazada motivo por el cual queriendo regularizar mi situación teniendo a cargo a mi familia que conforma esposa: Quispe carlos jessica pilar con dni: 94910992 con radicacion permanente en Argentina, hija: vera quispe Priscila susan con dni: 51123168 nacionalidad Argentina, y un hijo que nacera en julio.- que habiendo cumplido mi condena de 4 años de los cuales 2 años y 4 meses en el servicio penitenciario y 1 año y 8 meses controlandome y firmando en el patronato de liberados. Desde ya muchas gracias. Fdo. Vera Cayotopa William (sic) Junior. DNI: 43163841”* (ver fs. 63/64)

En lo que aquí interesa resaltar, la DNM al resolver la pieza recursiva mediante el dictado de la Disposición SDX N° 064384 trató el tema en cuestión en un pasaje que me permito transcribir: ***“...en este escrito, el extranjero acredita tener hija argentina. Empero, la naturaleza del delito por el que fuera***





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE LA PLATA - SALA I

condenado obsta a la revisión del temperamento oportunamente adoptado. Que los fundamentos en que se sustenta la presentación realizada no producen una modificación en los presupuestos sobre los que se han dictado las medidas, no se agregan elementos que permitan modificar lo resuelto en autos, y por ende, resulta inconvencible el temperamento adoptado en consecuencia mediante el acto administrativo aludido” (ver fs. 95, énfasis agregado).

Del acápite transcrito se aprecia con claridad que, en la especie, la DNM no ha realizado siquiera un exiguo análisis de las eventuales consecuencias que la expulsión del recurrente podría derivar para los derechos de la niña –hija de este último-, y a su vez, ha soslayado las manifestaciones que indicaban que tenía un hijo por nacer.

En este punto del análisis es dable rememorar algunos de los diversos derechos que poseen los niños, receptados en instrumentos internacionales suscriptos por nuestro país, como así también determinados deberes del Estado para con ellos. Veamos: *“Toda mujer en estado de gravidez o en época de lactancia, así como todo niño, tienen derecho a protección, cuidados y ayuda especiales.”* (Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Artículo VII); *“...Derechos del Niño: Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”* (Convención Americana sobre Derechos Humanos, Artículo 19); *“Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición...”* (Art. 10.3, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales); *“Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado”* (art. 24.1, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos); *“La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social”* (art. 25.2, Declaración Universal de Derechos Humanos).

Un destaque especial merece la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), que en lo pertinente establece que *“En todas las medidas concernientes*





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE LA PLATA - SALA I

a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, **las autoridades administrativas** o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño” (Artículo 3.1, énfasis agregado); “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” (art. 2); “El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y **a ser cuidado por ellos**” (art. 7.1, énfasis agregado).

En relación a separar al niño de sus padres, el art. 9 de la CDN establece lo siguiente: “1. Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, 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. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño. 2. En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones. 3. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño. 4. Cuando esa separación sea resultado de una medida adoptada por un Estado Parte, como la detención, el encarcelamiento, el exilio, la deportación o la muerte (incluido el fallecimiento debido a cualquier causa mientras la persona esté bajo la custodia del Estado) de uno de los padres del niño, o de ambos, o del niño, el Estado Parte proporcionará, cuando se le pida, a los padres, al niño o, si procede, a otro familiar, información básica acerca del paradero del familiar o familiares ausentes, a no ser que ello resultase perjudicial para el bienestar del niño. Los Estados Partes se cerciorarán, además,





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE LA PLATA - SALA I

de que la presentación de tal petición no entrañe por sí misma consecuencias desfavorables para la persona o personas interesadas”.

Por su parte, la Corte con sede en Costa Rica ha tenido ocasión de afirmar, efectuando una interpretación de la CDN, que “...de las normas contenidas en la Convención sobre los Derechos del Niño, las cuales integran el corpus iuris de los derechos de la niñez, se desprende que el Estado no solo debe abstenerse de interferir indebidamente en las relaciones privadas o familiares de la niña y del niño, sino también que, según las circunstancias, debe adoptar providencias positivas para asegurar el ejercicio y disfrute pleno de sus derechos. Esto exige que el Estado, como responsable del bien común, resguarde el rol preponderante de la familia en la protección del niño; y preste asistencia del poder público a la familia, mediante la adopción de medidas que promuevan la unidad familiar” (caso “Rochac Hernández y otros vs. El salvador”, Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia del 14 de octubre de 2014, [Fondo, Reparaciones y Costas], consid. 107).

En consonancia, en el orden interno nuestro país ha dictado la “Ley de Protección Integral de los Derechos de Las Niñas, Niños y Adolescentes” N° 26061, la cual define en su artículo 3 qué se entiende por “interés superior” al indicar que “a los efectos de la presente ley se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley. Debiéndose respetar :a) Su condición de sujeto de derecho; b) El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta; c) El respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural (...)”

Tal como dijera más arriba, se aprecia que no ha sido considerado ni mencionado, siquiera en forma tangencial, ninguno de los derechos de la hija del aquí recurrente, en su condición de niña, en el acto administrativo que dispuso la expulsión de su padre.

Esto deriva, a mi entender, en la imposibilidad de tener por cumplido el requisito de una debida motivación de este acto, dado que al encontrarse afectados conjeturalmente los derechos de una niña, la DNM no podía soslayar tal circunstancia, debiendo haber efectuado un análisis pormenorizado de los efectos que la decisión podía producir sobre ella, cotejando el nivel de interferencia sobre sus derechos con los otros en pugna. En caso de colisión de





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE LA PLATA - SALA I

principios como el señalado, la cuestión ha de ser resuelta a través de una tarea de ponderación, en donde el factor decisivo lo constituye “...*el principio al que le corresponde un peso relativamente mayor en el caso concreto. Al principio que juega en sentido contrario se le hace retroceder, pero no se le declara inválido*” (Alexy, Robert. “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, Doxa. N. 05 (1988). ISSN 0214-8876, pp. 139-151).

En esta inteligencia -y no obstante ser el Sr. Vera Cayotopa el afectado en forma directa con la medida de expulsión- una interpretación sistémica de nuestro ordenamiento jurídico nos lleva a concluir que la DNM posee la *facultad* –excepcional- de otorgar la dispensa, pero tiene asimismo la *obligación* de analizar y considerar, mediante un acto administrativo debidamente motivado, todos los derechos en tensión, tomando en cuenta para ello los elementos útiles colectados en el expediente a los fines de dilucidar la cuestión.

En tal sentido, es útil remarcar que lo dicho hasta aquí no implica desconocer en ninguna medida las facultades que ostenta el Estado Nacional en materia migratoria -mencionadas sucintamente en el considerando VI al cual remito- ni debilitar la operatividad del art. 29 de la ley 25871.

En cambio, constituye una consecuencia de las obligaciones que posee a efectos de velar por el cumplimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes a los cuales se encuentra comprometido, y que en caso de no hacerlo podría incurrir eventualmente en responsabilidad internacional. En este orden de ideas, se ha manifestado que “*El paradigma argentino vigente es el Estado constitucional y convencional de derecho, el cual escenifica como elemento central la Constitución y los Instrumentos Internacionales sobre derechos humanos que ostentan jerarquía constitucional en una relación de permanente retroalimentación donde se respeta la textualidad de cada fuente y la interpretación que cada órgano con competencia para ello realiza de las mismas*” (Gil Domínguez, Andrés; “Convencionalidad, tragedia y derechos”, DFyP 2014 [agosto], 28/07/2014, 68).

IX. Que tales razones son suficientes para concluir que la disposición dictada por la DNM resulta arbitraria por no encontrarse debidamente motivada, al no haberse brindado un adecuado tratamiento a una cuestión esencial para su resolución, incumpliendo la carga argumentativa que el caso requería (ver en este sentido el criterio adoptado por esta Sala en autos “Centrales de La Costa





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE LA PLATA - SALA I

Atlántica S.A. C/ A.F.I.P. S/ impugnación acto administrativo”, expediente n° FLP 41025069/2003, sentencia del 1 de junio del 2017).

De esta forma, estimo que el recurso presentado resulta procedente, debiendo anularse el acto de la DNM que ordenó la expulsión del Sr. Vera Cayotopa, y en consecuencia, deviene inoficioso expedirme sobre el resto de los agravios.

X. Por ello, oído al Sr. Fiscal ante la Cámara, propongo al Acuerdo:

- 1) Receptar favorablemente el recurso interpuesto, revocando la sentencia apelada.
- 2) Anular el acto de la Dirección Nacional de Migraciones que dispuso la expulsión del Sr. William Junior Vera Cayotopa, imponiendo las costas de ambas instancias en el orden causado, por tratarse de una cuestión novedosa en derecho.

Así lo voto.

EL JUEZ REBOREDO DIJO:

Que adhiere al voto del Juez Lemos Arias.

Por ello, el Tribunal **RESUELVE:**

- 1) Receptar favorablemente el recurso interpuesto, revocando la sentencia apelada.
- 2) Anular el acto de la Dirección Nacional de Migraciones que dispuso la expulsión del Sr. William Junior Vera Cayotopa, imponiendo las costas de ambas instancias en el orden causado, por tratarse de una cuestión novedosa en derecho.

Regístrese, notifíquese y devuélvase.

