

## Migraciones Cancelacion De Residencia Precaria Y Expulsion Condena Por Comercializacion De Estupefacientes

### JURISPRUDENCIA

### Migraciones. Cancelación de residencia precaria y expulsión.

Condena por comercialización de estupefacientes Se mantiene la resolución de la Dirección Nacional de Migraciones que denegó la solicitud de residencia en el país de la actora, canceló su residencia precaria, declaró irregular su permanencia en el territorio nacional, ordenó su expulsión y prohibió su reingreso con carácter permanente, porque la actora había sido condenada como partícipe secundaria del delito de comercialización de estupefacientes. En Buenos Aires, a 28 de septiembre de 2017, se reunieron en acuerdo los señores jueces de la Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, a efectos de resolver de recurso interpuesto en los autos "Figueroa Awilda Yanoa y otro c/ EN - M° Interior - DNM - Resol 78/11 (expte 801.228/05) y otro s/ recurso directo DNM", contra la sentencia de fs. 62/64, el Tribunal estableció la siguiente cuestión a resolver: ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada? El señor juez de Cámara Rogelio W. Vincenti dijo: 1°) Que, al desestimar el recurso que Awilda Ynoa Figueroa dedujo en los términos del art. 84 de la ley 25.871, la señora jueza de primera instancia confirmó la resolución 78/11 del Ministro del Interior, que rechazó el recurso de alzada contra la disposición 5507/09, por la que la Dirección Nacional de Migraciones (DNM) denegó la solicitud de residencia en el país de la actora, canceló su residencia precaria, declaró irregular su permanencia en el territorio nacional, ordenó su expulsión y prohibió su reingreso con carácter permanente (fs. 62/64). Para así decidir, entendió que la situación planteada estaba alcanzada por el art. 29, inc. c, de la ley 25.871, en cuanto establece los impedimentos para ingresar y permanecer en el país, porque la actora había sido condenada como partícipe secundaria del delito de comercialización de estupefacientes, a la pena de dos años y seis meses de prisión de cumplimiento en suspenso. Descartó que la medida fuera innecesaria, excesiva o desproporcionada, sino que la consideró razonable y adecuada a la finalidad del acto administrativo en función de las facultades asignadas a la DNM (fs. 63vta.), porque ley es clara al determinar los presupuestos para la exclusión del extranjero. Por otro lado, recordó que uno de los objetivos de la ley migratoria es contribuir al enriquecimiento y fortalecimiento del tejido social del país (art. 3°, inc. c), así como que, si bien es cierto que aquella también prevé garantizar el ejercicio de la reunificación familiar (arts. 3°, inc. d, y 10), en el caso la actora no había acreditado, con independencia de la invocación de ser madre de un niño argentino, un comportamiento acorde con la situación familiar que refiere, ya que ni siquiera había intentado probar en qué medida colaboraba con el mantenimiento del hogar y/o la educación de su hijo, al menos desde que el niño egresó del país el 29 de mayo de 2009 (fs. 63vta.). Agregó que tampoco surgía la intención de la actora de desarrollar efectivamente una vida familiar con su hijo en territorio nacional y aun cuando la edad del menor podría dar lugar a que se analizara el interés superior del niño de habitar y desenvolver su vida en su país de origen, tuvo en cuenta que de las constancias de los expedientes judicial y administrativo se observaba con claridad que el "centro de vida" del menor se encontraba en República Dominicana, donde vive con su familia biológica, ha pasado la mayor parte de su vida y es el lugar de procedencia de sus progenitores (fs. 64). 3°) Que, contra tal pronunciamiento, el Defensor Oficial de la actora dedujo recurso de apelación a fs. 67, que fue concedido libremente a fs. 68. A fs. 298/299vta., aquél denunció que la actora contrajo matrimonio con un ciudadano argentino, y que estaba embarazada conforme acreditaba con copia de la libreta de matrimonio y certificado médico. El recurso se fundó a fs. 303/317 y la contraria contestó los agravios a 322/325 vta. En el memorial sostuvo que la sentencia interpretó erróneamente el art. 29 de la ley 25.871, porque "según su punto de vista y a la luz de la inteligencia que le asignó a un precedente que citó" ello no se compadecía con el verdadero alcance que le había dado la Corte Suprema de Justicia de la Nación. En su concepto, el impedimento de permanencia en el país debía sustentarse en la condena por delito de tres o más años de pena privativa de libertad (fs. 304/vta.). Continuó diciendo que la a quo había prescindido del requisito "condena" establecido en la norma y que el monto de la pena determinado no aclaraba si era respecto a los mínimos o a los máximos previstos para la figura penal (v. fs. 304 vta.). Asimismo, aseveró que en estos casos resultaba aplicable el principio pro homine por lo que se debería acudir a la norma más amplia o a la interpretación más extensa cuando se trata de reconocer derechos protegidos. Contrariamente, en el caso se adoptó un criterio restrictivo de los derechos humanos, que afecta el art. 3°, punto a, de la ley 25.871 y crea un nuevo estado de "peligrosidad" o "proclividad del delito" erradicado de la nueva ley (fs. 305 y 306 vta.). Sobre esa base, remarcó que la interpretación armónica del art. 29, inc. c, de la ley citada permitía concluir que el monto de la pena debía atender al caso concreto y no a su carácter abstracto (v. fs. 307). Por otro lado, refirió que la falta apertura a prueba impedía que la actora fuera oída por el tribunal y demostrar su situación laboral y familiar, así como su intención de traer a su hijo nuevamente al país (v. fs. 308 vta./309). También sostuvo que en función de la situación de vulnerabilidad que tenían los trabajadores migratorios no documentados y el

hecho de que la actora era madre de un niño menor de edad argentino, que se casó y que estaba embarazada, acreditaba que había conformado su familia con la clara intención de permanecer en el país, por lo que solicitaba una interpretación razonable de las normas invocadas y que se ponderara la reunificación familiar y que se valorara la protección de los derechos del niño (v. fs. 310/vta.). Agregó que no se había realizado el test de razonabilidad pues sólo se había revisado la legalidad del acto, pero no se habían valorado los derechos constitucionales que se vulneraban con la medida expulsiva, ya que la actora reside en el país desde hace once años y forjó vínculos familiares que se podrían ver disgregados si se obligara a su esposo e hijos a vivir en distintos países. Tampoco se había tomado en consideración el delito cometido, la condena y el período transcurrido desde que se dictó la condena y la conducta desplegada desde entonces (313/314 vta.). Finalmente, invocó la violación al principio non bis in ídem, pues aun cuando la condena y la expulsión tenían distinta naturaleza no se podía soslayar que ambas compartían la naturaleza penal y que la reinserción en la sociedad que la pena conllevaba se veía violentada por la medida expulsión ordenada (v. fs. 316). 4°) Que el Fiscal General subrogante se pronunció por revocar la sentencia, por considerar que no resultaba aplicable al caso la previsión del art. 29, inc. c, de la ley 25.871, según el cómputo de la pena que efectuó en su dictamen de fs. 327/329. 5°) Que, ante todo, cabe reseñar que de las constancias de la causa surge que la actora solicitó la apertura a prueba del expediente, proveyendo las medidas de prueba ofrecidas en el escrito de inicio, pese a ello la a quo dispuso que los autos pasaran a dictar sentencia y con posterioridad se ordenó devolver el escrito atento el estado procesal del expediente (conf. fs. 59, 60 y 61, respectivamente) y a fs. 62/64 se dictó sentencia rechazando la pretensión. Tal circunstancia demuestra que el planteo es extemporáneo, toda vez que la recurrente dejó pasar la oportunidad procesal para cuestionar la decisión sobre la prueba y recién en esta instancia pretende su revisión, cuando se encuentra firme y consentida. Ello, sin perjuicio de cuanto se dirá más adelante respecto de la situación personal que invoca la actora para acceder a la dispensa que contempla el art. 29 de la ley 25.871. 6°) Que, en orden a resolver los temas que se traen a conocimiento de esta alzada conviene destacar que los jueces no están obligados a tratar todos y cada uno de los argumentos de las partes, sino solamente aquellos que estimen conducentes para la solución del caso (conf. Fallos: 310:1835; 324:3421; 326:4675; 329:1951 y esta Sala, Larraburu, Juan Pedro c/ Estado Nacional, sent. del 7/4/92, entre muchos otros). 7°) Que la ley 25.871 regula la admisión, el ingreso, la permanencia y el egreso de personas del país (art. 1°). Entre sus objetivos se señala, a saber: i) Fijar las líneas políticas fundamentales y sentar las bases estratégicas en materia migratoria, y dar cumplimiento a los compromisos internacionales de la República en materia de derechos humanos, integración y movilidad de los migrantes? (art. 3°, inc. a); ii) Garantizar el ejercicio del derecho a la reunificación familiar? (inc. d); iii) Asegurar a toda persona que solicite ser admitida en la República Argentina de manera permanente o temporaria, el goce de criterios y procedimientos de admisión no discriminatorios en términos de los derechos y garantías establecidos por la Constitución Nacional, los tratados internacionales, los convenios bilaterales vigentes y las leyes? (inc. f); y iv) Promover y difundir las obligaciones, derechos y garantías de los migrantes, conforme a lo establecido en la Constitución Nacional, los compromisos internacionales y las leyes, manteniendo en alto su tradición humanitaria y abierta con relación a los migrantes y sus familias? (inc. g). Dentro de los derechos y libertades de los extranjeros, reconoce que el derecho a la migración es esencial e inalienable de la persona? y que la República Argentina lo garantiza sobre la base de los principios de igualdad y universalidad? (art. 4°). Asimismo, el Estado garantizará el derecho de reunificación familiar de los inmigrantes con sus padres, cónyuges, hijos solteros menores o hijos mayores con capacidades diferentes? (art. 10). En ese marco, debe destacarse que también regula los impedimentos al ingreso y permanencia de extranjeros en el territorio nacional. Dispone -en lo que al caso interesa- como causa de ello el 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? (conf. art. 29, inc. c, texto anterior a la modificación por decreto de necesidad y urgencia 70/17, que corresponde aplicar en el sub lite toda vez que los hechos y actos cuestionados se fundaron en esa disposición). También cabe agregar que esa norma faculta a la DNM para que -previa intervención del Ministerio del Interior y mediante resolución fundada en cada caso particular- pueda admitir en el país a los extranjeros comprendidos en el presente artículo como residentes permanentes o temporarios, de forma excepcional y por razones humanitarias o de reunificación familiar (art. 29 cit.). Con relación al sistema de revisión de los actos que dicte la autoridad de aplicación de la ley 25.871, el legislador previó una serie de recursos administrativos (arts. 74 a 83) y una vez agotada la vía administrativa queda expedita la vía recursiva judicial? (art. 84). La ley contempla la revisión judicial de los actos mediante un recurso judicial ante los juzgados nacionales en lo contencioso administrativo federal o juzgados federales del interior del país, mientras no se cree un fuero específico en materia migratoria (art. 98). En estos casos, el recurso judicial previsto en el artículo 84, como la consecuente intervención y decisión del órgano judicial competente para entender respecto de aquéllos, se limitarán al control de legalidad, debido proceso y de razonabilidad del acto motivo de impugnación? (art. 89). Por el diseño legal de revisión judicial, por la vía del recurso directo, si bien en un primer

momento esta Cámara sostuvo que no eran procedentes los recursos de apelación contra las sentencias de primera instancia, posteriormente modificó ese criterio por aplicación de la doctrina del precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación O.113.XLVIII. Ojeda Hernández, Luis Alberto s/ causa n° 2739/12?, sent. del 10 de julio de 2014, situación que precisamente se da en el sub discussio (v. fs. 271).

8°) Que, a partir de tales pautas se deben examinar los planteos que el apelante trae a conocimiento del Tribunal y, en primer término, cabe señalar que, efectivamente como se sostiene en el memorial, entre los impedimentos al ingreso y permanencia de extranjeros en el país ya no se encuentra la proclividad al delito?, porque la nueva Ley de Migraciones abandonó esa categoría sustancialmente subjetiva para establecer la necesidad en todos los casos de la existencia de una condena penal (art. 29), requisito esencial a la luz del principio de presunción de inocencia y del resguardo del debido proceso (Fallos: 330:4554). No obstante ello, se adelanta que corresponde rechazar el recurso y confirmar la sentencia, toda vez que el apelante no ha logrado demostrar el error grave en la apreciación y resolución de la causa por parte de la magistrada de grado. Ello es así, porque la inteligencia que postula del art. 29 inc. c, de la ley 25.871 desatiende los tradicionales principios en materia de interpretación de la ley que, en su aplicación al caso concreto, permiten poner a salvo la decisión que se cuestiona. En efecto, aquel precepto normativo contempla como causa objetiva que impide tanto el ingreso como la permanencia en el país del extranjero la existencia de 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 tales condiciones, la ley solo exige que el delito antecedente merezca una determinada pena según la legislación argentina y, al respecto, su letra es clara y no deja lugar para dudas en cuanto a su aplicación. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que la primera fuente de exégesis de la ley es su letra, y cuando ésta no exige esfuerzo de interpretación debe ser aplicada directamente, con prescindencia de consideraciones que excedan las circunstancias del caso expresamente contempladas por la norma? (Fallos 323:620; 339:1514). En esta tarea también cabe asignar pleno efecto a la voluntad del legislador, cuya fuente inicial es la letra de la ley y, en tanto la inconsecuencia del legislador no se supone, la interpretación debe evitar asignar a la ley un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, destruyendo las unas por las otras y adoptando como verdadero el criterio que las concilie y suponga la integral armonización de sus preceptos (Fallos: 313:1149; 327:769; 339:323). Por ello, procede desestimar este agravio y a partir de ello, cabe concluir que la sentencia de primera instancia efectuó un control adecuado de la legalidad de los actos administrativos sometidos a su revisión, compatible con la previsión del art. 89 de la ley 25.871.

9°) Que, tampoco se puede admitir el planteo de violación del principio non bis in ídem. En ese punto, es necesario señalar que esta cuestión ya fue objeto de tratamiento en varios precedentes propios y de otras Salas de esta Cámara. En efecto, en la causa 47480/2011/CA2-CA1. Contreras Trujillo, Edward Rafael c/ EN - M° Interior - RL 1237/11 -DNM-DP 140388/09EX 2412125/08 s/ recurso directo para juzgados?, sent. de 4/5/17, el Tribunal efectuó un completo y adecuado examen de la no afectación de aquel principio por la adopción de una medida expulsiva como la que se presenta en el sub lite. En consecuencia, corresponde remitir a los términos y conclusiones del citado precedente, en cuanto fuere pertinente, para evitar innecesarias repeticiones. Se hace saber a los letrados que el texto de la sentencia citada se encuentra a su disposición en la Mesa de Entradas del Tribunal, y que puede ser consultado en la página de internet [www.cij.gov.ar/sentencias.html](http://www.cij.gov.ar/sentencias.html).

10) Que, por último, se debe evaluar si la sentencia se ajusta a derecho en cuanto entendió razonable el rechazo de la autoridad administrativa respecto del pedido de la actora de eximirse de la orden expulsiva por aplicación de la dispensa que prevé el art. 29 de la ley 25.871. En este sentido, es preciso poner de manifiesto que se trata de una facultad discrecional que la ley confiere a la DNM, que es quien debe evaluar y decidir la viabilidad de su ejercicio, mediante resolución fundada, conforme las circunstancias puntuales de cada caso (conf. causa Contreras Trujillo?, cit.). Con relación específica a la materia involucrada en autos, se ha dicho en numerosas oportunidades que la adopción de este tipo de medidas constituye 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 (Sala II, in re, Lin Yu c/ EN - DNM - Disp. 69130/08 s/recurso directo DNM?, sent. de 13/11/14; y A. L. M. D. y otro c/ EN - DNM - Resolución n° 1859/10 (expte. n° 2058815/06) y otros s/recurso directo para juzgados?, sent. de 28/5/15; Sala III, in re, Zárate González, Teodolina c/ EN-M° Interior-DNM s/ recurso directo DNM?, sent. de 28/3/17), posición que, por lo demás, es consistente con la previsión del art. 89 de la ley 25.871. En el caso, se advierte adecuado el control judicial de la decisión administrativa, adoptada sobre la base de las constancias existentes en el expediente administrativo. En efecto, teniendo en cuenta los límites que surgen del art. 89 de la ley respecto de la materia involucrada, la sentencia constató que la facultad discrecional se haya realizado dentro de los límites que enmarcan su ejercicio y llegó a una conclusión positiva con fundamentos que la ponen a salvo de las críticas que formula el apelante.

11) Que, sin perjuicio de lo expuesto, 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, invocado como hecho nuevo en esta sede judicial, deberá ser denunciada ante la DNM por ser el organismo habilitado por la ley 25.871 para otorgar la dispensa que se solicita (conf. art. 29), 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). Por las consideraciones expuestas, voto por confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto fue materia de agravios, y remitir la causa a la DNM para que evalúe y se pronuncie fundadamente respecto del pedido de dispensa formulado por la actora. Sin costas (art. 22, inc. d, de la ley 27.149). El señor juez de Cámara Marcelo Daniel Duffy dijo: 1°) Que adhiero en lo sustancial a los términos y conclusiones de los considerandos 1° a 10) inclusive del voto del magistrado que me precede en el orden de votación. Por ello, me pronuncio por confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto fue materia de agravios. Sin costas (art. 22, inc. d, de la ley 27.149). El señor juez de Cámara Jorge Eduardo Morán dijo: Que adhiere en todos sus términos al voto precedente. En virtud del acuerdo que antecede, el Tribunal RESUELVE: confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto fue materia de agravios. Sin costas (art. 22, inc. d, de la ley 27.149). Regístrese, notifíquese y devuélvase. MARCELO DANIEL DUFFY JORGE EDUARDO MORÁN ROGELIO W. VINCENTI (disidencia parcial) 021310E