

## Dirección Nacional De Migraciones Permanencia Irregular En El País Expulsion Acción De Amparo

### JURISPRUDENCIA

Dirección Nacional de Migraciones. Permanencia irregular en el país.

Expulsión. Acción de amparo Se confirma la resolución que hizo lugar parcialmente a la acción de amparo deducida a fin de que se deje sin efecto la disposición de la Dirección Nacional de Migraciones por la que se declaró irregular la permanencia del amparista en el país, ordenando su expulsión y prohibiendo su reingreso. Salta, 27 de febrero de 2018. VISTO: El recurso de apelación interpuesto y fundado a fs. 165/187 y vta.; y CONSIDERANDO: 1. Que la impugnación de referencia fue planteada por la apoderada de la Dirección Nacional de Migraciones en contra de la sentencia de fs. 156/164 y vta., por la que el Juez de la instancia anterior hizo lugar parcialmente a la acción de amparo instaurada por Matías Farfán Manguia, dejando sin efecto la Disposición N° SDX N° 171565 del 04/09/17, denegando el pedido de declaración de inconstitucionalidad del Decreto N° 70/17 e imponiendo las costas por el orden causado. Para así decidir, y en cuanto a la admisibilidad de la vía, el a quo sostuvo que si bien el actor no interpuso los recursos administrativos previstos en la ley 25.871, modificada por el Decreto N° 70/2017 y optó directamente por la vía judicial al interponer el amparo, ello no impedía ni obstaculizaba la admisión de la acción intentada. Destacó que de las actuaciones administrativas reservadas en Secretaría surgía que la acción de amparo había sido planteada dentro del plazo establecido en el art. 2 inc e) de la ley 16.986, lo que autorizaba su análisis de conformidad con lo previsto en el art. 89 de la ley 25.871 y 89 bis del mencionado decreto a los fines de verificar la existencia de la arbitrariedad denunciada, limitándose dicha actividad al control de legalidad, debido proceso y razonabilidad del acto impugnado. Señaló luego que no cabían dudas que la expulsión del país del actor y la imposibilidad de regresar en 10 años fueron dispuestas en términos estrictamente legales, al encontrarse comprendido en una de las causales expresamente contempladas por la ley (haber sido condenado por delito de robo calificado a una pena de 3 años y 6 meses de prisión efectiva), resultando evidente el derecho que tiene el Estado Argentino de controlar el ingreso de un extranjero a nuestro país y no habilitar su permanencia. Sin embargo, afirmó que a tal derecho del Estado se le contraponen el del infractor en relación con su hija argentina nativa, el que colisiona fuertemente con aquel, por lo que debían ponderarse los derechos involucrados. En esa tarea, consideró que se encontraba acreditado que el actor recuperó su libertad condicional en octubre de 2009, que reside permanentemente en la ciudad de Orán donde trabaja como albañil, que convive con Norma Beatriz Pérez Soraire, argentina y discapacitada y con su hija argentina de 2 años, siendo quien cubre las necesidades económicas, afectivas y espirituales de ambas. Dijo asimismo que la pena se agotó el 04/11/10 y que el hecho agravante del delito contra la propiedad por el que se lo condenó no fue por el uso de armas sino por haber sido perpetrado en banda, por lo que su conducta no denota peligrosidad. En ese contexto, expresó que en el caso concurren motivos contundentes que se oponen a la medida de expulsión adoptada, como es el interés superior de la menor, lo que torna necesario que su padre continúe residiendo en el país. Citó en su apoyo normas de la Convención sobre los Derechos del Niño. A mayor abundamiento, expresó que el actor fue condenado en el año 2008, mientras permanecía detenido, que se le otorgó la libertad condicional en el 2009 y que en el 2010 se agotó la pena, por lo que resultaba arbitrario, desproporcionado y carente de razonabilidad que luego de 7 años, en los que el actor formó una familia con la que convive, la demandada haya ordenado su expulsión, prohibiendo su reingreso por 10 años. Por último, rechazó la declaración de inconstitucionalidad solicitada por el amparista respecto del Decreto N° 70/17, señalando que aquel no había demostrado una afectación directa de los derechos y garantías constitucionales que justifique una decisión de tal gravedad institucional, ni había acreditado el vicio de nulidad esgrimido ni las defensas de las que se vio privado de oponer. 2. Que al expresar agravios (fs. 165/187 y vta.) la recurrente sostuvo que la sentencia dictada carece de fundamentación razonable, por lo que deviene arbitraria. Al respecto, señaló que el juez sustenta su decisorio a partir del informe socio ambiental de fs. 146/150 respecto del cual se confirió vista al Asesor de Menores e Incapaces y al Fiscal Federal pero no a su mandante, lo que violenta flagrantemente su derecho de defensa, pues no tuvo la posibilidad de expedirse sobre el mismo. Luego objetó la admisibilidad de la vía del amparo, alegando que el a quo mezcló dos regímenes excluyentes entre sí, pues esta acción se encuentra condicionada a que no existan recursos o remedios administrativos o judiciales más idóneos, siendo que la ley 25.871, con las modificaciones introducidas por el DNU 70/17 cuya constitucionalidad fue ratificada por el propio magistrado, prevé recursos administrativos y una vía judicial posterior, ninguna de las cuales fue utilizada por el actor. Añadió que más grave aún es la cita que realiza el sentenciante del art. 80 de la ley 25.871 - que hace referencia a la elección de la vía administrativa o judicial para aquellos casos que no se rigen por el procedimiento sumarísimo - para justificar la viabilidad del amparo, pues al actor, quien se encontraba incurso en el impedimento previsto en el art. 29 inc c) de la ley, le resultaba aplicable el Procedimiento Migratorio Sumarísimo Especial

regulado en el Capítulo I bis de la norma, cuyos plazos son improrrogables. A continuación y respecto de la dispensa por razones humanitarias o de reunificación familiar, dijo que no era posible otorgarla sin declarar la inconstitucionalidad del DNU 70/2017, ya que de acuerdo a dicha norma se trata de una facultad exclusiva de la Dirección Nacional de Migraciones, por lo que no puede ser concedida por un magistrado y porque lo impedía la pena a la que fue condenado el actor. Criticó también la consideración realizada en la sentencia respecto a que la pena se encuentra agotada, señalando que de acuerdo con el art. 51 del Código Penal recién el 4/11/2021 caducará el registro del antecedente condenatorio; añadiendo que el juez omitió aplicar el régimen migratorio, reintroduciendo el concepto de "peligrosidad" (o no peligrosidad) lo que resulta anacrónico. Acto seguido defendió la legalidad del acto administrativo cuestionado, sosteniendo que fue dictado por autoridad competente, que se encuentra sustentado en los hechos y en el derecho aplicable, cuenta con el dictamen correspondiente y fue correctamente notificado, por lo que rechazó la existencia de los presupuestos para la concesión del amparo, afirmando que la declaración de irregularidad y la orden de expulsión del país dispuesta se ajusta a lo previsto por el art. 29 inc c) de la ley 25.871. Expresó por último que la Convención Internacional del Niño justifica la separación entre padre e hijo cuando sea el resultado de una medida adoptada por un Estado Parte como la detención, encarcelamiento, exilio, deportación o muerte de uno de los padres del niño o de ambos o del niño; agregando que la Corte Interamericana de Derechos Humanos sólo consideró ilegítima la restricción a la vida familiar en aquellos casos en que la expulsión del progenitor que no es nacional del Estado receptor se funda únicamente en la situación migratoria irregular, excluyendo a los que hubieran cometido delitos en el país de origen o receptor. Citó jurisprudencia en tal sentido.

3. Que a fs. 189/190 y vta. el apoderado de la parte actora contestó el traslado que se le corriera de los agravios de su contraria, solicitando, en primer lugar, que se declare la extemporaneidad del recurso, puesto que en virtud de lo previsto por el art. 15 de la ley 16.986 los plazos corren por horas y el plazo de gracia del art. 124 del CPCCN sólo puede invocarse cuando el vencimiento opera en un día inhábil. Añadió que el recurso adolece de una crítica concreta y razonada del fallo atacado, pues de su lectura surge que lo expresado no es más que una clara disconformidad genérica con lo resuelto. A continuación, y de manera subsidiaria, contestó el memorial presentado, manifestando que la omisión de correr traslado a la demandada del informe socio ambiental debió ser materia de algún mecanismo legal procesal en esa oportunidad, resultando improcedente dicho agravio, pues la providencia que ordenó hacerlo conocer a las partes quedó firme. Luego contestó de manera genérica los demás agravios expresados por la demandada, solicitando el rechazo del recurso.

4. Que una vez radicados los autos en el Tribunal, tomaron la intervención correspondiente el Defensor Oficial en los términos del art. 43 de la ley 27.149 (fs. 194 y vta.) y el Fiscal General en virtud de lo dispuesto en los arts. 37 inc. c) y 39 de la ley 24.946 (fs. 196/199), propiciando ambos el rechazo del recurso deducido.

5. Que, en primer lugar y en virtud de lo manifestado por el actor respecto de la extemporaneidad del recurso de apelación de su contraria, cabe señalar que el mismo ha sido presentado dentro del plazo legal previsto en el art. 15 de la ley 16986, pues, conforme surge del Sistema Lex 100, la sentencia ha sido notificada a ambas partes el viernes 24/11/17 a hs. 10:00, habiendo la demandada presentado su recurso el martes 28/11/17 a hs. 9:38, es decir dentro de las 48 horas.

6. Que sobre la alegada falta de fundamentación del recurso, el art. 265 del CPCCN de aplicación al amparo - en virtud de lo dispuesto por el art. 17 de la ley 16.986 - expone que "el escrito de expresión de agravios deberá contener la crítica concreta y razonada de las partes del fallo que el apelante considere equivocadas". Pues bien, del examen de la pretensión revisora se advierte que el escrito satisface las exigencias que establece el citado art. 265 del Código de forma, por lo que corresponde entrar a analizar el recurso planteado.

7. Que respecto de la procedencia de la acción interpuesta, es menester recordar que el amparo es un instituto excepcional "utilizable en las delicadas y extremas situaciones en las que, por carencia de otras vías legales aptas, pelagra la salvaguarda de derechos fundamentales", por lo que, para su apertura, se exigen "circunstancias muy particulares caracterizadas por la presencia de arbitrariedad o ilegalidad manifiesta que, ante la ineficacia de los procedimientos ordinarios, originan un daño concreto y grave, sólo eventualmente reparable por esta vía urgente y expedita. La carga de demostrar la inexistencia o insuficiencia de otras vías que permitan obtener la protección que se pretende, debe ser suplida por quien demanda (cfr. CSJN, 7 de mayo de 1998, "Prodelco c/ Poder Ejecutivo nacional s/ amparo", Fallos 321: 1253, LA LEY, 1998-C, 574, énfasis añadido); siendo inviable la acción cuando la determinación de la eventual invalidez del acto o conducta que se impugna requiere amplitud de debate y de prueba (cfr. Fallos: 330:1279; 330: 2877; 330: 4144; 331: 1403; 327: 2459, entre muchos otros). Tales requisitos no han sufrido cambios con la constitucionalización del instituto en 1994 (confr. Fallos: 327:2459; 330:2877, entre muchos otros) el cual, sobre el punto, ha mantenido los elementos típicos creados originariamente por los emblemáticos precedentes "Siri" (Fallos: 239:459) y "Kot" (Fallos: 241:291).

7.1 Que mediante la presente acción el amparista persigue la nulidad de la Disposición SDX N° 171565 de la Dirección Nacional de Migraciones por la que el Organismo declaró irregular su permanencia en el país, ordenando su expulsión y prohibiendo su reingreso por el plazo de 10 años, con fundamento en los arts. 3° inc j) y 29 inc c) de la ley 25871, modificada por el decreto 70/2017. Solicitó asimismo se declare la inconstitucionalidad de éste último (fs. 18/23). Dicha norma, en el Título V, Capítulo I Bis de la ley, ha instaurado un procedimiento especial

sumarísimo aplicable a los casos, como el de autos, de extranjeros contra los cuales se dispuso la expulsión del territorio nacional por encontrarse comprendidos en el impedimento previsto en el citado art. 29 inc c), consistente en haber sido condenado o estar cumpliendo condena, o tener antecedentes o condena no firme en la República Argentina o en el exterior, por delitos que merezcan según las leyes argentinas penas privativas de la libertad. Prevé para tales supuestos la posibilidad de interponer recurso jerárquico en un plazo improrrogable de tres días desde la notificación de la resolución (art. 69 quinquies) y agotada la instancia administrativa, un recurso judicial en el mismo plazo (art. 69 septies). Asimismo, ya en la órbita judicial, contra la resolución desestimatoria del juez, se encuentra previsto un recurso de apelación ante la Cámara Federal correspondiente, también en el plazo de tres días (art. 69 nonies).

7.2 Ahora bien, surge de las constancias de esta causa que Matías Farfán Manguia, notificado de la Disposición SDX N° 171565 el 4/09/17 (ver fs. 3) dedujo en su contra dentro del plazo de tres días la presente acción de amparo (cfr cargo de fs. 23 que lleva fecha 7/09/17). Es decir que acudió directamente a la acción judicial excepcional del amparo, soslayando el mencionado procedimiento específico previsto en la ley de la materia. Y si bien tal circunstancia obstaría, en principio, la habilitación de esta vía, concurren en este caso circunstancias particulares y especiales que llevan al Tribunal a disponer su admisión. En efecto, por un lado se encuentra en cuestión el derecho constitucional de protección integral de la familia incluido en el art. 14 bis de la Carta Magna y en Tratados Internacionales de igual jerarquía; a lo que se suma la gravedad e irreparabilidad del perjuicio invocado. Y por otra parte, la autoridad administrativa ha tenido la posibilidad de ser oída en esta instancia, ejerciendo su derecho de defensa y defendiendo su postura y la determinación de la eventual invalidez del acto cuestionado no requiere, a juzgar por el contenido de los escritos de ambas partes, de la necesidad de contar con un más amplio debate y prueba. No puede pasarse por alto que la garantía del debido proceso demanda evitar el "exceso ritual" que da prioridad a las formas en desmedro de su finalidad, que es buscar y realizar la justicia (Bidart Campos, Germán J., "Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino", Ediar, Buenos Aires 1989, t° 1, pag. 467). Las formas procesales "tienden a proteger a los litigantes a fin de asegurar la mayor eficiencia y celeridad de las decisiones judiciales; y si para ello es indispensable remover los obstáculos que puedan encontrar los jueces para desempeñar eficazmente sus funciones, no caben interpretaciones que sólo conducen a atribuir más importancia a los medios que se instrumentan para alcanzar dicha finalidad, que ésta en sí misma" (Morello, "El Proceso Justo", La Plata 1994, Lib. Editora Platense, p. 228, y "El Proceso Justo", LL 1990-C-808, Capel CCSalta, Sala III, 3-3-05, "Vallejo c. Eckart", tomo año 2005, p. 156; esta Cámara 3/12/2008 in re "Sureda, Ricardo José c PEN - Estado Nacional, Banco Francés y otro s/amparo - medida cautelar", "Yudi Alberto c/Provincia de Buenos Aires y su organismo de recaudación s/amparo" del 24/05/11). Al respecto señaló desde antiguo la Corte Suprema de Justicia de la Nación que el proceso civil no puede ser conducido en términos estrictamente formales, pues no se trata de cumplir ritos caprichosos, sino de desarrollos de procedimientos destinados al esclarecimiento de la verdad jurídica, que es su norte. De lo contrario, la sentencia no será la aplicación de la ley a los hechos del caso, sino precisamente la frustración ritual de la aplicación del derecho (Fallos: 238:550). También es doctrina del Máximo Tribunal que la acción de amparo tiene por objeto una efectiva protección de derechos, más que una ordenación o resguardo de competencias (doctr. Fallos: 299:358, 417; 305:307; 307:444; 311:208; 320:1339 y 2711). Bajo tales pautas, y de modo excepcional, atento las circunstancias que a continuación se expondrán y para evitar el mayor perjuicio que para el actor implicaría volver a deducir idéntico planteo, pero en la vía administrativa, se dará curso a la presente acción.

8. Resuelta así la admisibilidad de la vía, corresponde desestimar el agravio de la demandada relativo a que el a quo fundó su decisorio en un informe ambiental del cual se omitió correr traslado a su parte, pues, conforme surge de las presentes actuaciones, el mismo fue requerido a instancias del Defensor Público Oficial, en su carácter de Asesor de Menores e Incapaces, en los términos del art. 101 del CC y 46 de la ley 27.149 (fs. 26 vta.), y una vez presentado en el expediente se hizo conocer a las partes (fs. 145, 1° párrafo), por lo que no es cierto que se hubiera cercenado su derecho de defensa de ese modo. Además, tuvo la oportunidad de realizar las consideraciones pertinentes en oportunidad de expresar sus agravios en contra de la sentencia recurrida.

9. Que ello sentado y entrando a analizar el resto de los agravios vertidos en contra de la decisión del juez de grado cabe señalar que no se encuentra en discusión que en virtud de la condena recaída en contra del actor - 3 años y 6 meses de prisión efectiva por resultar coautor penalmente responsable del delito de robo calificado por haber sido perpetrado en banda - su caso se encuadra objetivamente en los impedimentos para ingresar y permanecer en el territorio nacional, conforme lo dispuesto por el artículo 29 inc. c) de la ley de Migraciones. Lo que habrá que determinar en cambio, es si -como entendió el a quo- existen razones justificantes para priorizar el derecho de la hija del actor a no ser separada de su padre sobre la aplicación llana de la ley; o en el marco del amparo, si la decisión de la demandada que declaró irregular su permanencia en el país y ordenó su expulsión, prohibiendo su reingreso por un plazo de 10 años, resulta manifiestamente arbitraria o ilegal.

9.1 Sobre esta cuestión, la ley 25.871 prevé entre sus objetivos el de garantizar el ejercicio del derecho a la reunificación familiar (art. 3° inc. d) y en el capítulo referido a los derechos y obligaciones de los extranjeros dispone que 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). Pero también es categórica cuando expresa que será causal impeditiva del ingreso y permanencia de extranjeros en territorio nacional el haber sido condenado o estar cumpliendo condena, o tener antecedentes o condena no firme, en la República Argentina o en el exterior, por delitos que merezcan según las leyes argentinas penas privativas de la libertad (art. 29 inc. c de la ley 25.871, modificado por el decreto 70/17). Como se dijera, el caso del actor encuadra literalmente en dicha causal normativa. Sin embargo, la propia norma en su última parte expresa que, excepcionalmente, la Dirección Nacional de Migraciones podrá admitir en el país únicamente por razones humanitarias, de reunificación familiar o de auxilio eficaz a la justicia en condiciones del último párrafo del artículo, en las categorías de residentes permanentes o temporarios, a los extranjeros comprendidos en los incisos a), k) y m) y a los comprendidos en el inciso c) en caso de que el delito doloso merezca en la legislación nacional pena privativa de la libertad cuyo monto no exceda de tres (3) años de prisión, o sea de carácter culposo. Fuera de los supuestos regulados - continúa diciendo - no podrá hacerse lugar al trámite excepcional de dispensa. Desde esta perspectiva estrictamente formal, no puede cuestionarse la postura de la demandada puesta de manifiesto en el informe presentado en los términos del art. 8 de la ley 16.986 como en el memorial de agravios, pues es cierto que el referido art. 29, con las modificaciones introducidas por el decreto 70/17, ha acotado los casos en que el Organismo puede hacer uso de la facultad discrecional de conceder la dispensa por las razones señaladas, encontrándose el del actor fuera de esos supuestos. 7.2 Empero, la demandada no ha analizado el caso concreto y sus particularidades relacionadas con la existencia de una hija del actor, argentina menor de edad -de 2 años-, nacida de su unión con una argentina discapacitada (fs. 8/10), con quienes convive, encontrándose ambas a su exclusivo cargo. Asimismo, consta que el interesado se desempeña como albañil, lo cual surge del informe socio ambiental agregado a fs. 147/149 y vta., por lo que, en las excepcionales circunstancias de autos, la decisión de la Administración implica, sino la ruptura de la relación, sentar las condiciones para que ello ocurra, amén de contribuir al desamparo de la menor y su pareja. Tampoco puede soslayarse que, conforme ha sido afirmado en la causa y no se encuentra cuestionado, el amparista, de 34 años de edad a la fecha, reside en nuestro país desde hace más de doce años y que la pena a la que fue condenado fue dictada el 28/11/08 -mientras se encontraba detenido - y cumplida al 04/11/10 (fs. 12), habiéndosele otorgado la libertad condicional en el año 2009. En razón de ello, desde aquella fecha primigenia el Estado Nacional se encontraba habilitado para ordenar la expulsión del extranjero y desde la obtención de la libertad condicional para hacerla efectiva, en los términos del art. 64 inc. a) de la ley 25.871. Sin embargo, no solo no ejerció dichas potestades, sino que le otorgó la residencia precaria, encontrándose pendiente el trámite para obtener la residencia temporaria (ver certificados de fs. 12 y 13), sin que exista prueba alguna de que durante todo ese lapso el Sr. Farfán Manguía hubiera incurrido en alguna conducta que haya llevado a la demandada a tomar la decisión en crisis, lo que determina un cambio de temperamento que se revela arbitrario. Sobre el punto se ha pronunciado la Corte Interamericana de Derechos Humanos al afirmar que en función del interés superior del niño, la separación de su núcleo familiar debe ser excepcional y preferentemente temporal, y que cualquier órgano administrativo o judicial que deba decidir acerca de la separación familiar por expulsión motivada en la condición migratoria de uno o ambos progenitores, debe emplear un análisis de ponderación que contemple las circunstancias particulares del caso concreto y garantice una decisión individual, priorizando en cada caso el interés superior del niño o de la niña (Opiniones Consultivas N° 17/02 y 21/14). En el mismo sentido nuestro Máximo Tribunal puntualizó que la Convención sobre los Derechos del Niño, de jerarquía constitucional, encarece la tutela de su interés superior, elevándolo a rango de principio (Fallos: 318:1269; 322:2701; 323:2388; 324:112, entre otros), por lo que, además de la especial atención que merecen de quienes están directamente obligados a su cuidado, necesitan también la de los jueces y de la sociedad toda, siendo que la consideración primordial de su interés viene tanto a orientar como a condicionar la decisión de los jueces llamados al juzgamiento de estos casos (Fallos: 322:27001; 324:122; 3274:2413). Bajo tales pautas y teniéndose en cuenta las circunstancias particulares señaladas, corresponde confirmar la sentencia de grado, debiendo rechazarse el recurso planteado. 8. Las costas se imponen por su orden, ya que por las particularidades del caso la demandada pudo creerse con un mejor derecho para deducir el recurso (art. 68, 2° párrafo del CPCCN). En virtud de lo expuesto, el Tribunal RESUELVE: I.- NO HACER LUGAR al recurso de apelación interpuesto por la parte demandada a fs. 165/187 y vta. Con costas por su orden. II.- REGISTRESE, notifíquese, publíquese en los términos de las Acordadas de la CSJN 15 y 24 de 2013 y devuélvase. Fdo. Dres. Mariana Inés Catalano- Guillermo Federico Elías- Alejandro Augusto Castellanos- Jueces de Cámara- Ante mí: María Ximena Saravia- Secretaria 025794E