

Inmigracion Expulsion Con Prohibicion De Reingreso Condenas Penales Discrecionalidad De La Administracion

JURISPRUDENCIA

Inmigración. Expulsión con prohibición de reingreso. Condenas

penales. Discrecionalidad de la administración Se confirma el acto administrativo que declaró irregular la permanencia del extranjero en el país y se dispuso su expulsión del territorio nacional con la prohibición de reingreso con carácter permanente, pues surge probado que el encartado fue objeto de dos condenas y tampoco acreditó los vínculos familiares invocados que justifiquen su permanencia en el país.

Buenos Aires, 22 de marzo de 2018. VISTOS: Estos autos ?Nunes Belo, Willian Marcos c/ Estado Nacional - Min. del Interior, Obras Públicas y Vivienda - Dirección Nacional de Migraciones s/ Recurso Directo DNM?; y

CONSIDERANDO: 1º) Que, por sentencia de fs. 100/106, la señora jueza de la instancia anterior rechazó el recurso deducido por el ciudadano brasileño Willian Marcos Nunes Belo, en los términos del art. 69 septies de la ley 25.871, con el objeto de que: a) se declarara la inconstitucionalidad del decreto 70/17; y b) se dejara sin efecto la disposición SDX 175532/17 de la Dirección Nacional de Migraciones (en adelante, DNM), que había desestimado el recurso de reconsideración con jerárquico en subsidio interpuesto contra la disposición SDX 109330/16. Mediante este último acto administrativo se declaró irregular la permanencia del extranjero en el país y se dispuso su expulsión del territorio nacional con la prohibición de reingreso con carácter permanente. Por otra parte, autorizó la retención del migrante una vez firme y/o consentido el pronunciamiento, con el único propósito de perfeccionar la expulsión. Impuso las costas a la parte actora vencida, con arreglo al principio general de la derrota (art. 68, primer párrafo, del C.P.C.C.N.). Para así resolver, el a quo expuso -con remisión a los argumentos oportunamente vertidos por el Sr. Fiscal Federal (fs. 97/98)- que el tratamiento del planteo de inconstitucionalidad del decreto 70/17 resultaba insustancial, toda vez que la disposición SDX 109330/16 había sido emitida con anterioridad a la entrada en vigencia de la norma aludida. Asimismo, no observó que el Procedimiento Especial Sumarísimo cuestionado en autos hubiese afectado garantías constitucionales del Sr. Nunes Belo. Subsiguientemente, indicó que, de conformidad con las constancias de las actuaciones administrativas, resultó acreditado que el accionante fue condenado en dos ocasiones, a saber: a) a la pena de cuatro años de prisión, en orden al delito de robo calificado; y b) a la pena de seis años y diez meses de prisión, con declaración de reincidencia, por los delitos de robo agravado por uso de arma de fuego y portación ilegal de arma de guerra, en concurso ideal con disparo de arma criminis causa, todo en concurso real entre sí. Precisó que, en consecuencia, la DNM señaló que el peticionario se encontraba incurso en el impedimento para ingresar y permanecer en el país contemplado en el art. 29, inc. c, de la ley 25.871. En virtud de ello, determinó que la resolución atacada en autos se había limitado a aplicar una de las causales que obstan al ingreso y permanencia de los extranjeros en el país, sin que los hechos esgrimidos por el recurrente tuviesen entidad suficiente como para desvirtuar dicho escenario. Siguiendo tales lineamientos, enfatizó que las disposiciones de la DNM cumplieron con los requisitos esenciales del acto administrativo, sin menoscabar los derechos del migrante. En lo relativo a la dispensa prevista en el art. 29 de la ley 25.871, tras resaltar su carácter discrecional, especificó que no se habían acreditado en la causa, de forma acabada, los extremos de sus argumentaciones al respecto. Con relación a su supuesta hija de nacionalidad argentina, subrayó que, además de haberse omitido la presentación de documental, ni siquiera se había verificado trámite alguno que permitiese inferir su intención de reconocer la paternidad alegada. En suma, concluyó que el órgano administrativo no había hecho más que aplicar la ley migratoria, sin que se apreciara el menor rasgo de arbitrariedad o irrazonabilidad en la decisión adoptada. 2º) Que, contra ese pronunciamiento, el Ministerio Público de la Defensa interpuso y fundó recurso de apelación (fs. 107/114), que fue concedido en relación, en los términos del art. 69 nonies de la ley 25.871 (fs. 115). Los agravios fueron replicados a fs. 116/126. Por su parte, a fs. 130/132vta. se expidió el señor Fiscal General que interviene ante esta Cámara. 3º) Que, en primer lugar, el actor, con representación de la Defensora Pública Coadyuvante, sostiene la inconstitucionalidad del decreto 70/17. En este sentido, además de tener por reproducidos los argumentos esgrimidos en su escrito de inicio, considera que el nuevo Procedimiento Especial Sumarísimo ha vulnerado sus derechos constitucionales de defensa y tutela jurídica efectiva. En particular, detalló que la falta de apertura a prueba y la omisión de valorar las circunstancias invocadas en la solicitud de ampliación de demanda lo privaron de ejercer una adecuada defensa frente al acto que dispuso su expulsión del país. Asimismo, reputa inválida la orden de retención impuesta, debiendo la DNM incoar las actuaciones correspondientes cuando eventualmente la decisión quede firme y consentida. Por añadidura, también alega la inconstitucionalidad del art. 70 de la ley 25.871 según el texto que le imprimió el mentado decreto, en virtud de haber ampliado los plazos de vigencia de una retención por razones migratorias. Por otra parte, entiende que la sentencia resulta inconstitucional, con base en los siguientes argumentos: a) se ha visto cercenado su derecho a la dispensa sustentada en razones de reunificación familiar; y b) se ha afectado el

principio de intrascendencia de la pena. Finalmente, y tomando en consideración su carácter de progenitor de dos hijos argentinos menores de edad, arguye que el decisorio impugnado omitió la ponderación del interés superior del niño y del derecho a vivir junto con su padre, consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño. 4º) Que, ante todo, resulta oportuno destacar que los jueces no están obligados a seguir a las partes en todas y cada una de las argumentaciones que pongan a consideración del Tribunal, sino tan sólo en aquéllas que sean conducentes para decidir el caso y que basten para dar sustento a un pronunciamiento válido (Fallos: 258:308, 262:222, 265:301, 272:225; 278:271; 291:390; 297:140; 301:970; entre muchos otros; y, en sentido análogo, esta Sala in re ?Larraburu, Juan Pedro c/ Estado Nacional?, sentencia del 07/04/1992; ?Caimi, Gabriela Beatriz c/ Estado Nacional s/ daños y perjuicios?, sentencia del 15/11/2013; ?Sambataro, Miguel Alfredo c/ Estado Nacional s/ personal militar y civil de las FFAA y de Seg?, sentencia del 02/09/2014; ?Velásquez Flórez, Rubén Darío c/ Estado Nacional s/ recurso directo?, sentencia del 28/03/2017; y ?Chávez Ruiz, Digmar Félix c/ Estado Nacional s/ recurso directo DNM?, sentencia del 27/06/2017, entre muchas otras). 5º) Que, a fin de arribar a una solución justa y equitativa, resulta necesario efectuar una reseña de los antecedentes fácticos relevantes del caso. El 31/10/2006, el ciudadano brasileño Willian Marcos Nunes Belo -con autorización de su madre Audineia Nunes Belo por tratarse de un menor de edad- solicitó la inscripción al Programa Nacional de Normalización Documentaria Migratoria con el fin de regularizar su situación (fs. 1 y 4, expediente administrativo 2295514/07, acompañado a la causa y al que corresponderán las siguientes citas, salvo indicación en contrario). En consecuencia, declaró haber ingresado por última vez al territorio nacional el 28/02/2002, procedente de Foz de Iguazú, República Federativa del Brasil. Por otra parte, afirmó que no contaba con parientes argentinos o radicados, y que previamente no había iniciado trámites de radicación ante la DNM. En virtud de ello, el 30/01/2007, la DNM estimó que el extranjero había aportado la documentación exigida por la primera etapa del Programa (fs. 8), concediéndole la correspondiente credencial de residencia precaria (fs. 7). Asimismo, le comunicó que la continuación del trámite de radicación requería la acreditación de su partida de nacimiento, debidamente legalizada. El 06/03/2008, el Tribunal Oral en lo Criminal Nº 9 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires condenó al extranjero a la pena de cuatro años de prisión por considerarlo autor del delito de robo agravado en los términos del art. 166, inc. 2º, párrafo 3º del Código Penal (fs. 10). A raíz de este cuadro de situación, el organismo migratorio procedió a dictar la disposición SDX 11565 del 26/01/2010 (fs. 22/24), por la que resolvió: a) denegar el beneficio solicitado por el actor; b) cancelar la residencia precaria emitida a su favor; c) declarar irregular su permanencia en el país; d) ordenar su expulsión del territorio nacional; e) prohibir su reingreso a la República Argentina por el término de ocho años; y f) oportunamente, girar las actuaciones a la Dirección General Técnica- Jurídica a los efectos de solicitar a la autoridad competente la retención del extranjero. La notificación de tal acto se efectuó el 16/04/2010, oportunidad en la que el migrante puso de manifiesto su discrepancia al expresar, de puño y letra, ?no deseo ser expulsado del país debido a que estoy próximo a obtener la libertad condicional (23/05/10). Por otro lado, mi hija reside en Argentina? (fs. 26). Por consiguiente, la asesoría jurídica de la DNM, en su dictamen SDX 2961 del 01/06/2010 (fs. 29/31), entendió que tal manifestación del extranjero debía considerarse como recurso de reconsideración, atento el principio de informalismo consagrado por el art. 1º, inc. c, de la ley 19.549. Seguidamente, remarcó que los fundamentos del recurso no eran suficientes para alterar el temperamento adoptado por el organismo, toda vez que el actor no había brindado dato alguno que demostrase su carácter de progenitor de una hija argentina menor de edad. El 05/01/2011, siguiendo tales lineamientos, el Subdirector Nacional de Migraciones resolvió, mediante la disposición DNM 24 (fs. 38/40), confirmar el acto recurrido al no advertir nuevos elementos que permitiesen modificarlo. El 04/09/2012, el Tribunal Oral en lo Criminal Nº 3 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires condenó al Sr. Nunes Belo a la pena de seis años y diez meses de prisión, con declaración de reincidencia, por considerarlo autor de ?los delitos de ROBO AGRAVADO POR EL USO DE ARMA DE FUEGO, PORTACIÓN ILEGAL DE ARMA DE GUERRA, en concurso ideal con DISPARO DE ARMA ?CRIMINIS CAUSA?, todo en concurso real entre sí? (fs. 58/75, mayúsculas en el original). Tomando en consideración la relevancia de este nuevo antecedente, la DNM, en su disposición SDX 109330 del 16/05/2016 (fs. 93/95), señaló que ?las circunstancias esgrimidas y acreditadas, constituyen ?hechos nuevos de entidad suficiente? en los términos del artículo 90 de la Ley Nº 25.871, que ameritan la revisión de oficio de las medidas ordenadas? (fs. 93). En consecuencia, resolvió: a) revocar la disposición SDX 11565/10; b) declarar irregular la permanencia en el país del extranjero; y c) ordenar su expulsión de la República Argentina con prohibición de reingreso con carácter permanente. En el acta de notificación del 11/07/2016, el migrante se mostró disconforme con esta decisión, asentando sus intenciones de recurrirla y de solicitar la ciudadanía argentina (fs. 99). El 27/01/2017, el Poder Ejecutivo Nacional dictó el decreto 70/17, por el que reguló un procedimiento migratorio especial de índole sumarísima en la ley 25.871, aplicable a aquellos casos en los que personas de nacionalidad extranjera estuviesen involucradas en hechos delictivos, o hubieren ingresado en forma clandestina al territorio nacional, eludiendo el control migratorio. El 09/02/2017, el Ministerio Público de la Defensa interpuso recurso de reconsideración con jerárquico en subsidio (fs. 111/121), en el que, esencialmente, solicitó la revocación del acto administrativo. En particular, enfatizó que la omisión de interpretar el caso a la

luz del principio pro homine derivó en un desconocimiento de garantías consagradas constitucionalmente, toda vez que la orden de expulsión significaba, en la práctica, distanciarse de su hija argentina y renunciar a su derecho de unidad familiar. Sin embargo, la Dirección General Técnica-Jurídica de la DNM subrayó en su dictamen 6217 del 12/05/2017 (fs. 129/131) que los agravios y argumentos invocados por el recurrente no perturbaban las conclusiones formuladas con anterioridad; posición que, a su vez, sostuvo el Director Nacional de Migraciones en su disposición SDX 175532 del 07/09/2017 (fs. 142/145). Por último, agotada la instancia administrativa, el 14/09/2017 el migrante interpuso el recurso judicial que dio inicio al sub lite (fs. 151/172). 6°) Que no es materia de controversia que el actor no pudo acreditar una situación migratoria regular. Por tal motivo es que solicitó la inscripción al Programa Nacional de Normalización Documentaria Migratoria, cuya denegatoria es objeto de impugnación en estos actuados. También se corroboró que el Sr. Nunes Belo fue condenado en dos oportunidades, a saber: a) el 06/03/2008, a la pena de cuatro años de prisión por ser autor del delito de robo agravado en los términos del art. 166, inc. 2°, párrafo 3° del Código Penal -robo con arma de fuego cuya aptitud para el disparo no pudiera tenerse por acreditada, o con arma de utilería-; y b) el 04/09/2012, a la pena de seis años y diez meses de prisión -con declaración de reincidencia- por ser autor de los delitos de robo agravado por uso de arma de fuego y portación ilegal de arma de guerra, en concurso ideal con disparo de arma "criminis causa", todo en concurso real entre sí. En virtud de ello, la DNM ordenó su expulsión de la República con carácter permanente por encontrarse comprendido en una de las irregularidades previstas por la ley 25.871. Específicamente, subsumió su conducta en los cánones del art. 29, inc. c, de la norma aludida, que establecía como impedimento para la admisión o permanencia en el territorio nacional del extranjero "[h]aber 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". 7°) Que las expresiones trazadas por el recurrente en torno a la inconstitucionalidad del decreto 70/17 no aportan fundamentos suficientes que logren conmover lo decidido en la instancia de origen. En este sentido, no resulta ocioso poner de relieve los recaudos exigidos por el art. 265 del Código Procesal Civil y Comercial, en cuanto expresa que "el escrito de expresión de agravios deberá contener la crítica concreta y razonada de las partes del fallo que el apelante considere equivocadas. No bastará con remitirse a presentaciones anteriores". El concepto de crítica "concreta" y "razonada" al que se hace referencia, exige del apelante una exposición sistemática, tanto en la interpretación de la resolución recurrida, como en las impugnaciones de las consideraciones decisivas, precisando errores, omisiones y demás deficiencias que se atribuyen al decisorio atacado, especificándose -en caso de ser posible- con toda exactitud los fundamentos de las objeciones. En síntesis, "ha de presentarse una crítica precisa de cuáles son los errores que la resolución contiene, ya sea en la apreciación de los hechos o en la aplicación del Derecho" (Falcón, Enrique M. y Colerio, Juan P., Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial, Tomo VIII, 1ª ed. Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2009, p. 108/109). Por otra parte, la mera reedición de las manifestaciones vertidas en las instancias anteriores o la remisión a aquéllas no constituyen una crítica concreta y razonada de la sentencia, tal como lo exige la norma (conf. Fallos 307:2216). Sobre este punto en particular, el memorial del actor meramente se ha limitado a dar por reproducida la inconstitucionalidad planteada en el escrito de inicio -excepción hecha de las invocaciones en relación con: a) el rechazo de su solicitud de ampliación de demanda; y b) la orden de retención prevista en el art. 70 de la ley 25.871-. Sin perjuicio de ello, y sólo a mayor abundamiento, tales planteos genéricos encuentran adecuada respuesta en la causa "Galindo Ramírez, Merleny c/ E.N. - Min. Interior - DNM s/ Recurso Directo DNM" (sentencia del 07/11/2017, voto de mayoría integrada por los jueces Marcelo Daniel Duffy y Jorge Eduardo Morán, considerandos 7°, 8°, y 10), a cuyos términos y conclusiones cabe remitirse breviter causae y a fin de evitar repeticiones innecesarias. Asimismo, el aludido precedente ya ha demarcado el alcance y contenido de los agravios en relación con: a) la dispensa del art. 29 de la ley 25.871 por razones de reunificación familiar; y b) la afectación al principio de intrascendencia de la pena (causa cit., considerandos 18 a 22, y 25). 8°) Que, en línea con lo afirmado en el último párrafo del considerando que antecede, corresponde realizar algunas apreciaciones atinentes a los vínculos afectivos del extranjero, que corroboran la conclusión expuesta. En este sentido, cabe destacar que a partir del recurso de reconsideración con jerárquico en subsidio -del 09/02/2017-, la Comisión del Migrante de la Defensoría General de la Nación, en representación del extranjero, alegó la existencia de una hija argentina menor de edad nacida el 14/12/2007. Al respecto, detalló que "[l]a menor no pudo ser reconocida ya que mi asistido se encuentra detenido, situación que lo imposibilita de realizar los trámites pertinentes a tal fin" (fs. 112, expediente SDX 2295514/07, énfasis añadido). A continuación, añadió que destinaba "casi la totalidad del peculio [obtenido por su labor en el área de jardinería de la Unidad N° 18 de Joaquín Gorina (La Plata)] a la manutención de su hija". Tal tesitura resultó reafirmada en el recurso judicial interpuesto el 14/09/2017 (fs. 3). A su vez, del memorial de agravios -del 17/11/2017- surge que "la madre de la niña, desde que mi asistido se encuentra privado de su libertad, no le ha permitido mantener un vínculo fluido con la niña" (fs. 109/109vta.). Por otra parte, el 20/10/2017, el actor amplió su demanda y manifestó que reside en Argentina su pareja, Nancy Edith Capdevila, madre de su segundo hijo argentino menor de edad -nacido el

24/03/2017-. Agregó que cumple ?su rol de padre, y tanto su pareja como su hijo más chico lo visitan en el penal, por lo que mantiene un buen vínculo paterno-filial?. Empero, observó que ?no reconoció al niño (...) porque el pequeño nunca obtuvo ni su partida de nacimiento ni su DNI, toda vez que el hospital donde nació habría extraviado los registros de nacimiento? (fs. 94, énfasis añadido). Simultáneamente, anexó el pertinente certificado de extravió que, el 04/10/2017, la Sra. Capdevila obtuvo de la Policía de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (fs. 89). 9º) Que, en lo respectivo a su supuesta primogénita, tal relación de antecedentes no fue ignorada por la Administración al momento de ejercer su facultad discrecional y excepcional de dispensa, pues expresamente razonó que en el sub examine no resultaba verificado, siquiera mínimamente, el vínculo familiar alegado por el Sr. Nunes Belo (cfr. fs. 139, expediente SDX 2295514/07). En efecto, la orfandad probatoria en este punto ha sido absoluta. Máxime si se toma en consideración que, más allá de la alegada imposibilidad de acreditar su supuesta paternidad, el extranjero no acompañó prueba alguna tendiente a dar fe de la mera identidad de la menor. Frente a estas circunstancias, corresponde recordar el principio general que establece el art. 377 del C.P.C.C.N., conforme el cual cada parte soporta la prueba de los hechos a los que atribuye la producción del efecto jurídico que pretende. Tal actividad probatoria es la encargada de producir el convencimiento o certeza sobre los hechos controvertidos y supone -como toda carga procesal- un imperativo del propio interés del litigante, quien puede llegar a obtener una decisión desfavorable en el caso de adoptar una actitud omisiva (Fallos 318:2555; 321:1117; 331:881, entre muchos otros). 10) Que, con relación al hecho nuevo denunciado a fs. 94, cabe poner de resalto que las modificaciones introducidas en el art. 29 por el decreto 70/17 no alteran el carácter discrecional y potestativo de la dispensa por motivos de reunificación familiar, cuyo otorgamiento continúa recayendo en el arbitrio de la DNM por expresa decisión del legislador nacional (cfr. art. 62 bis, ley 25.871). De todas formas y a mayor abundamiento, sus dichos carecen de sustento probatorio eficaz, toda vez que apenas adjuntó fotocopia del DNI de su supuesta concubina (fs. 91), sin lograr acreditar el vínculo -y no resulta suficiente la mera declaración testimonial en este sentido por parte de la Sra. Capdevila ante la Comisión del Migrante (fs. 90)-. Situación que, por lo demás, reviste importancia atento el alegado extravió de toda documental concerniente al menor -que imposibilita, por consiguiente, establecer la existencia de su vínculo filial con el recurrente-. 11) Que, de conformidad con esta inteligencia, no puede colegirse que la falta de apertura a prueba haya vulnerado el derecho de defensa del actor. Al respecto, esta Cámara ha resuelto que, en principio, en el marco de los recursos directos la apertura a prueba en la instancia judicial tiene un carácter excepcional (conf. Sala V, in re ?Banco Regional del Norte Argentino c/ BCRA - Resol. 258/94?, sentencia del 09/04/1997, entre otras); limitación que tiende a evitar la ordinarización del proceso (conf. Sala V, ?Transbrasil Linhas Aereas c/ DNM - Disp. DNM 5737/97?, sentencia del 19/04/1999; y esta Sala, ?Antoniow, Mario Gustavo c/ UBA - Resol. 442/12?, sentencia del 20/08/13; y ?Wal Mart Argentina SRL c/ DNCI s/ Lealtad Comercial - Ley 22.802 - Art. 22?, sentencia del 30/06/2015, entre otros), sin perjuicio de poder ejercer las facultades que autoriza el art. 36 del C.P.C.C.N. Siguiendo estos lineamientos, y avanzando hacia el análisis del sub examine, el examen pormenorizado de las actuaciones administrativas agregadas a estos actuados arroja como resultado la acreditación de la prueba documental ofrecida en la demanda. El resto de los elementos probatorios solicitados -verbigracia, libramiento de oficios para constatar el nacimiento y la identidad de la menor- no hubiesen resultado eficientes para verificar la paternidad alegada por el actor. Por lo tanto, tomando en consideración que el a quo contaba con estos elementos al momento de resolver el asunto de marras, la queja sólo constituye una manifestación de la discrepancia subjetiva de la apelante pero sin entidad para descalificar el pronunciamiento judicial. 12) Que, en lo concerniente a la vulneración del derecho a una tutela judicial efectiva, la Comisión del Migrante afirma que el ?exiguo plazo de tres días? que estableció el decreto 70/17 para presentar el recurso judicial le impidió comunicarse con su asistido -quien se encuentra privado de su libertad-. Seguidamente, expone lo siguiente: ?Así las cosas, se envió por mail la carta poder y un cuestionario para que el Sr. Nunes Belo pudiera manifestar su actual situación real. Las respuestas de dichas diligencias arribaron al público despacho de esta defensa con fecha 09/10/2017. Es decir, mucho tiempo después del plazo para interponer la demanda. Ello motivó la ampliación de demanda solicitada el 20/10/2017. Lo cierto es que la información volcada en dicha ampliación resultaba crucial para poder fallar en el caso en concreto de mi asistido. A decir, se denunció el nacimiento de su segundo hijo de nacionalidad argentina, fruto de su relación con la Sra. Capdevilla (sic) (de nacionalidad argentina). Asimismo, se hizo saber que el no reconocimiento de la paternidad de dicho niño se debe a circunstancias ajenas a él? (fs. 107vta., énfasis en el original). Empero, tales dificultades constituyen términos genéricos e hipotéticos, toda vez que no se ha demostrado el perjuicio que la brevedad de los plazos le ocasionó en el sub examine. Ello es así, en tanto no se ha acompañado constancia alguna del envío del correo electrónico referido -circunstancia que, por otra parte, ni siquiera fue esbozada en el escrito de ampliación de demanda (fs. 94/94vta.)-. No puede predicarse, a priori y con carácter general, que los plazos previstos en la norma aludida resulten descalificables per se. Por el contrario, se requiere la acreditación de un efectivo menoscabo en el caso concreto y de manera particularizada, no resultando suficiente una defensa meramente dogmática. A mayor abundamiento -y sin dejar de subrayar los lineamientos trazados ut supra en el considerando 10-, resulta llamativo que la denuncia de extravió de la

documentación del supuesto hijo del actor haya sido efectuada recién el 04/10/2017. En otros términos, fue realizada con posterioridad a la interposición de la demanda, y con el menor ya habiendo cumplido los seis meses de edad. Asimismo, el Sr. Julián José Santa Cruz Sánchez, en su declaración testimonial incorporada en la ampliación de demanda, alega que el extranjero "[h]ace 5 años que está con su actual pareja" (fs. 92). Por lo tanto, su relación habría iniciado en el año 2012, mas fue soslayada por la Comisión del Migrante al interponer -cinco años después- su recurso de reconsideración con jerárquico en subsidio en sede administrativa.

13) Que, por lo demás, las cuestiones invocadas en relación con los plazos de vigencia de la orden de retención prevista en el art. 70 de la ley 25.871 han recibido adecuada respuesta, por esta Sala, en la causa *Barrionuevo García, Franklin c/ E.N. - Min. Interior - DNM s/ Recurso Directo DNM?* (sentencia del 27/02/2018, considerandos 9º y 10). Por otra parte, el planteo en torno al interés superior del niño y su derecho a vivir junto con su progenitor resulta sustancialmente análogo a lo resuelto por este Tribunal en la causa *Villagra Duarte, Juan Bautista c/ E.N. - Min. Interior - DNM s/ Recurso Directo DNM?* (sentencia del 05/12/2017, voto de mayoría integrada por los jueces Marcelo Daniel Duffy y Jorge Eduardo Morán, considerando 6º). De tal modo, resultan de aplicación los términos y conclusiones allí vertidos, los que se dan aquí por reproducidos a fin de evitar innecesarias reiteraciones. Se hace saber a los letrados que el texto de las sentencias citadas se encuentra a su disposición en la Mesa de Entradas del Tribunal, y que puede ser consultado en la página de internet www.pjn.gov.ar/sentencias.html.

14) Que, por las razones aquí expuestas, no puede sustentarse válidamente que la DNM haya actuado de forma ilegítima o arbitraria, sino que aplicó la normativa migratoria usando las potestades legales reconocidas en ella. No debe perderse de vista que medidas como la recurrida constituyen el ejercicio de un poder propio de la Administración y, dentro de ella, la competencia ha sido asignada a un organismo altamente especializado 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, omisión, o vicio con entidad suficiente para invalidar el acto dictado (cfr. Sala II, *Lin, Yu c/ Estado Nacional - DNM s/ recurso directo DNM?*, sentencia del 13/11/2014), supuestos que en la especie no se advierten configurados. Conforme estas directrices es que debe entenderse el control de legalidad, debido proceso y razonabilidad que alude el art. 89 de la ley 25.871, cuyos alcances lejos están de haber sido acotados por el decreto 70/17. Por el contrario, los contempla expresamente, al determinar mediante el nuevo art. 89 bis que "[e]l control judicial aplicable al Procedimiento Migratorio Especial Sumarísimo se regirá conforme lo dispuesto por el artículo 89 de la presente Ley". Al respecto, resultan esclarecedores los lineamientos establecidos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en cuanto señaló que, excepción hecha de las hipótesis de arbitrariedad o irrazonabilidad manifiesta, procede respetar las opciones valorativas y el margen de discrecionalidad indispensable de las autoridades administrativas cuando actúan válidamente en la esfera de sus potestades constitucionales (Fallos 290:138; 318:554). En efecto, el control jurisdiccional sobre la discrecionalidad se limita a corregir una actuación administrativa ilógica, abusiva o arbitraria pero no supone 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 no es sustitutiva (Fallos 330:717). A mayor abundamiento, es dable recordar que si bien ese ámbito de discrecionalidad reconocido a los entes y órganos administrativos no implica en absoluto que éstos tengan atribuciones no fiscalizables (Fallos 315:1361), las decisiones adoptadas sobre la base de criterios de oportunidad, mérito o conveniencia tenidos en cuenta al momento de su dictado no son susceptibles de revisión judicial, y sólo corresponde a los jueces controlar la legitimidad del obrar de las autoridades administrativas, no estando facultados para sustituirse a ellas en la valoración de circunstancias ajenas al campo de lo jurídico (Fallos: 320:976). Dichos precedentes han sido receptados en numerosas oportunidades por esta Cámara (Sala V, *Luzuriaga, Alfredo c/ E.N. - SIDE s/ Empleo Público?*, sentencia del 06/04/2017; Sala II, *Duarte, Analía c/ E.N. - Min. Defensa s/ Personal Militar?*, sentencia del 20/12/2016) e incluso por esta Sala (*Mori, Silvana c/ IOSE s/ Empleo Público?*, sentencia del 19/11/2013).

15) Que, respecto a las costas, aunque no existió agravio debido a una conducta displicente del Ministerio Público en este sentido, corresponde revocar la condena por imposibilidad legal de imposición (art. 22, inc. d, de la ley 27.149). Por todo lo expuesto, oído el señor Fiscal General, el Tribunal RESUELVE: a) Rechazar el recurso intentado a fs. 107/114 y confirmar la sentencia apelada respecto al fondo de la cuestión. b) Revocar la condena en costas por imposibilidad legal de imposición al Ministerio Público (art. 22, inc. d, de la ley 27.149). Regístrese, notifíquese -al señor Fiscal General en su público despacho- y devuélvase.

MARCELO DANIEL DUFFY JORGE EDUARDO MORAN ROGELIO W. VINCENTI (en disidencia parcial)

El señor juez de Cámara Rogelio W. Vincenti dijo: 1º) Que la sentencia de primera instancia y los agravios que el apelante trae a consideración del Tribunal, así como la relación de antecedentes, se encuentran adecuadamente resumidos en los considerandos 1º a 3º) y 5º) de la resolución de mayoría, a cuyos términos procede remitirse por razones de brevedad. 2º) Que, según conocida doctrina, 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). 3º) Que, en

orden a resolver los planteos del recurrente, cabe recordar que aquél cuestiona la sentencia de primera instancia que desestimó el recurso que había deducido, tendiente a que se declarara la inconstitucionalidad del decreto 70/17 y a que se dejaran sin efecto tanto el acto de la Dirección Nacional de Migraciones que declaró irregular su permanencia en el país, dispuso su expulsión del territorio nacional con la prohibición de reingreso de forma permanente, como el que desestimó el recurso administrativo (disposiciones DNM 109330/16 y 175532/17; respectivamente). 4º) Que, las quejas contra la sentencia porque no se abrió a prueba la causa y porque desestimó el pedido de inconstitucionalidad del decreto 70/17, en cuanto establece un procedimiento sumarísimo no pueden prosperar. La primera, porque constituye una mera discrepancia subjetiva del apelante pero carece de entidad para descalificar el pronunciamiento como acto judicial válido. En efecto, en el sub lite se incorporó el expediente administrativo de modo que no se advierte -ni el actor demostró- una afectación concreta al derecho de defensa del ciudadano extranjero. Con relación a la segunda cuestión, es necesario señalar que las modificaciones normativas a la ley 25.871 que introdujo el decreto de necesidad y urgencia 70/17 no tuvieron aplicación en el trámite que culminó con la decisión de declarar irregular la permanencia del actor en el país, disponer su expulsión con prohibición de reingreso, porque todo ese procedimiento se desarrolló antes de que entrara en vigencia el decreto 70/17. Recién la revisión administrativa y judicial se vio alcanzada por el procedimiento sumarísimo instaurado por el citado decreto, pero cabe destacar que en su trámite tampoco se vio cercenado el derecho de defensa del actor. Por ello y de conformidad con lo resuelto en precedentes análogos, no se observa afectación cierta a las garantías del debido proceso en el caso concreto (conf. causas 32.101/2017/CA1. ?Ni, Bingyu c/ EN-DNM s/ recurso directo DNM? y 33.125/2017/CA1. ?Xia, Weng c/ EN-DNM s/ recurso directo DNM?, sent. de 28 de septiembre y 19 de octubre de 2017, respectivamente). 5º) Que, sentado lo anterior, se adelanta que el apelante no ha logrado demostrar el error grave en la apreciación y resolución de la causa por parte del juez de grado. Al respecto, cabe recordar que no es materia de controversia que el actor fue condenado en dos oportunidades: a la pena de cuatro años de prisión por ser autor penalmente responsable del delito de robo agravado, en los términos del art. 166, inc. 2º, tercer párrafo, del Código Penal (robo con arma de fuego cuya utilidad para el disparo no pudiera tenerse por acreditada, o con arma de utilería) y a la pena de seis años y diez meses de prisión, con declaración de reincidencia, por ser autor de los delitos de robo agravado por uso de arma de fuego y portación ilegal de arma de guerra, en concurso ideal con disparo de arma criminis causae, todo en concurso real entre sí, y que sobre esos antecedentes y las previsiones de la ley 25.871 se fundó la disposición DNM 109330/16. Pues bien, del examen de la causa, contrariamente a lo que postula el apelante, no puede sustentarse válidamente que la Administración haya actuado de forma ilegítima o arbitraria, sino que, por el contrario, aplicó la norma migratoria usando las potestades legales reconocidas en ella y su decisión fue el resultado de las actuaciones llevadas a cabo en el proceso penal por el que se condenó el obrar delictuoso y reiterado del actor, por lo que corresponde desestimar el recurso de apelación. 6º) Que, 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 del actor, 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. 7º del decreto 70/17 y mi voto en la causa 11.025/2012/CA1. ?Figuroa, Awilda Yanoa y otro c/ EN - Mº Interior - DNM - Resol 78/11 (expte 801.228/05) y otro s/ recurso directo DNM?, sent. de 28/09/2017). Por las consideraciones expuestas, me pronuncio 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 el actor. Sin costas (art. 22, inc. d, de la ley 27.149). ASÍ VOTO. ROGELIO W. VINCENTI 033635E