

Migracion Expulsion De Extranjero Irregular Condena Penal Interes Superior Del Nino

JURISPRUDENCIA

Migración. Expulsión de extranjero irregular. Condena penal. Interés

superior del niño Se confirma la expulsión del actor por haber sido condenado por el delito de homicidio simple en grado de tentativa, pues si bien en los agravios el apelante se limitó a invocar que su familia reside en el país no es posible concluir que la expulsión ocasione un perjuicio irreparable a los intereses del niño, ya que no se ha acreditado que el migrante haya reconocido el vínculo con su hijo ni asumido su responsabilidad parental, ni que constituya un sostén para la manutención, que se halla a cargo de su madre.

Buenos Aires, 10 de mayo de 2018.- VISTOS Y CONSIDERANDO: I. Que, por medio de la sentencia de fs. 122/124vta. el juez de primera instancia rechazó el recurso interpuesto por el señor S. C. G. contra la Disposición nro. 256.445, del 28 de octubre de 2015, y su confirmatoria nro. 188.830, del 29 de septiembre de 2017, de la Dirección Nacional de Migraciones, por medio de las cuales se había declarado irregular su permanencia en el país, ordenado su expulsión del territorio nacional, e impuesto la prohibición de reingreso con carácter permanente. Asimismo, se autorizó la retención del demandante al solo y único efecto de materializar su expulsión, una vez que quedara firme ese pronunciamiento. Como fundamento, señaló que el interesado había sido condenado por el Tribunal Oral en lo Criminal nro. 3 del departamento Judicial de La Matanza a una pena de cuatro años de prisión, por resultar penalmente responsable del delito de homicidio simple en grado de tentativa, en los términos previstos en el artículo 29, de la Ley 25.871, de acuerdo con el texto vigente al momento del dictado de los actos administrativos impugnados. Indicó que en el inciso c) de ese artículo se establece que "serán 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?". Sostuvo que la autoridad migratoria se había limitado a aplicar una causal objetiva prevista en el régimen legal aplicable y había cumplido con todos y cada uno de los requisitos establecidos en los artículos 7 y 8 de la Ley 19.549, sin haber incurrido en arbitrariedad. Por otra parte, y con respecto a la petición de dispensa por motivos de unidad familiar, señaló que la medida cuestionada constituye el resultado del ejercicio de un poder propio de la Administración, y que la competencia para dictarlas ha sido asignada por la ley a un órgano estatal específico, cuyo criterio no puede ser sustituido por el del Poder Judicial. Al respecto, destacó que la Administración evaluó los hechos y justificó fundadamente las razones en virtud de las cuales no podía ser admitida esa dispensa, es decir la gravedad del delito; y expresó que decidir en sentido implicaría privar al organismo administrativo de su potestad primaria para resolver sobre ese aspecto. Además, señaló que de la prueba ofrecida y producida en autos no surgía que el interesado fuese el sostén de su familia, en particular, del menor D. F. C. Por último, y con respecto al planteo de inconstitucionalidad del Decreto 70/17, se remitió a los fundamentos expuestos en la causa "Centro de Estudios Legales y Sociales y otros c. EN - DNM s/ amparo ley 16.986", sentencia del 18 de octubre de 2017. II.- Que contra esa sentencia, la doctora Florencia Plazas, Defensora Pública Oficial ante los Tribunales Orales Federales de esta Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en representación del menor D. F. C. apeló y expresó agravios a fs. 126/133. En síntesis, se agravia de la sentencia apelada por considerar que la interpretación formulada es inconstitucional, en la medida en que afecta el derecho a la preservación de la unidad familiar de su defendido. En tal sentido, sostiene que en el caso no se ha formulado el necesario el control de convencionalidad y de razonabilidad de la medida expulsiva, al no haber considerado los vínculos familiares forjados por el migrante ni las penurias que provocaría la deportación del migrante para su familia; en particular, con respecto a su hijo menor de edad, que se halla bajo su guarda o cuidado. Al respecto, señala que el menor, está "consolidando" los vínculos emocionales con su padre, depende de él no solo en lo que respecta a su alimentación sino también en el aspecto psicológico. Destaca que, en la sentencia no se tuvo en cuenta que el Estado debe privilegiar el interés superior de los niños y en tal sentido agrega que, de conformidad con lo expuesto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la causa "Lupsa vs. Rumania" y el Comité de Derechos del Niño en la Observación General nro. 14 de 2013, la separación del niño de su grupo familiar solo se admite de manera "excepcional". Por tales motivos, y en virtud de que en la sentencia apelada no se ha tenido particularmente en cuenta el interés superior de su defendido, sostiene que corresponde hacer lugar al recurso de apelación, y solicita que se revoquen las resoluciones impugnadas. III.- Que el actor apeló y expresó agravios a fs. 134/141, que fueron replicados a fs. 143/155vta. por la Dirección Nacional de Migraciones. En síntesis, se agravia de la sentencia apelada por considerar que en ella se ha formulado una errónea interpretación del artículo 22 de la Ley 25.871, al sostener que para obtener la residencia permanente no es necesario iniciar el trámite respectivo, puesto que de conformidad con ese artículo se consideran

residentes permanentes a todos los inmigrantes que sea parientes de ciudadanos argentinos, nativos o por opción, entendiéndose por tales al cónyuge, los hijos y los padres; y que el reconocimiento de esa calidad o condición no constituye una facultad discrecional de la Dirección Nacional de Migraciones, tal como se afirma en la sentencia apelada. En tal sentido, argumenta que en el artículo 62 de la ley 25.871 se establece que, para cancelar la residencia permanente, se requiere de una condena a pena privativa de la libertad mayor que la de 5 años. También, sostiene que la interpretación formulada en la sentencia apelada es inconstitucional porque afecta el derecho a la vida familiar del demandante, pues en ella se ha omitido valorar los vínculos familiares invocados, y el arraigo al país. En tal sentido, afirma que la medida expulsiva no supera el "test de razonabilidad", pues al dictarla no se ha ponderado el interés legítimo del Estado y la correlativa afectación de los derechos del migrante. Sostiene que en la sentencia no valoró el testimonio de su concubina, la señora María Soledad Rojas Benítez, que señaló que el actor se lleva bien con su hijo, que lo ayuda y lo ve seguido; y destaca que tanto en la ley 25.871 como en los tratados internacionales con jerarquía constitucional se reconoce una protección especial a la familia y a la vida familiar. En síntesis, sostiene que en el caso se ha omitido considerar el interés superior del hijo menor de edad del recurrente. En otro orden, se agravia de que en el caso se haya aplicado el artículo 70 de la Ley 25.871, pues sostiene que, una vez firme la medida expulsiva, debe iniciar un nuevo proceso a fin de solicitar la retención del inmigrante con la finalidad de materializar la orden de expulsión. Asimismo, plantea la inconstitucionalidad de la modificación introducida en ese por el Decreto de Necesidad y Urgencia nro. 70/17, en lo relativo a la extensión del plazo de la retención, y señala que el plazo de 15 días, prorrogable hasta un máximo de 30 días, previsto en el régimen inicial, se pasó a un plazo de 30 días, prorrogable por otros 30 días. De manera tal que la retención se podría extender hasta 60 días sin exigir la acreditación de situaciones excepcionales que justifiquen la privación de la libertad con esa extensión. IV.- Que a fs. 159/161vta., dictaminó el señor Fiscal General ante esta Alzada. V.- Que, en primer lugar, cabe señalar que en lo relativo a la pretendida aplicación de los artículos 22 y 62, inc. b), de la ley 25.871 se ha sostenido que, de conformidad con lo establecido en el primero de esos artículos, se considerarán residentes permanentes a aquellos inmigrantes que sean cónyuges, hijos y padres de ciudadanos argentinos, nativos o por opción. En el segundo, se establece que la Dirección Nacional de Migraciones podrá cancelar la residencia que hubiese otorgado, cualquiera fuese su antigüedad, categoría o causa de la admisión y disponer la posterior expulsión, cuando el residente hubiese sido condenado judicialmente en la República por delito doloso que merezca pena privativa de libertad mayor de 5 (cinco) años o registrase una conducta reiterante en la comisión de delitos. Tal como se señala en el dictamen del señor Fiscal General, el recurrente sostiene que su carácter de padre de un hijo argentino lo constituye automáticamente en residente permanente en los términos del citado artículo 22 de la ley 25.871, y por ello, para disponer la cancelación de esa residencia y la consecuente expulsión del territorio nacional, no resultaría aplicable el artículo 29, inciso c), sino el artículo 62, inciso b), en cuanto impone la exigencia de condena penal de mayor cuantía; de decir, de más de 5 años. Al respecto cabe señalar, como regla, y a los fines de obtener la residencia permanente se requiere de un acto expreso de la Dirección Nacional de Migraciones que certifique la existencia de los extremos exigidos en el régimen aplicable y así lo declare; puesto que es la autoridad de aplicación en la materia - cfr. artículo 105, Ley 25.871 (conf. en igual sentido, Sala IV en c. nro. 34.209/2017 "Galindo Ramírez, Merleny c/ Estado Nacional - Min. del Interior, Obras Públicas y Vivienda - Dirección Nacional de Migraciones s/ Recurso Directo DNM", del 7/11/17; cfr. Sala II de esta Cámara en la causa nro. 50.995/2017 "Hatamleh, Ahmad Mahmoud Fayyad c/ EN-M. Interior OP y V-DNM s/ Recurso directo DNM", sentencia del 8 de marzo del corriente año, y sus citas). A lo que cabe agregar que, con posterioridad a que el migrante incurre en alguna de las causales que le impiden permanecer en nuestro país no se posible el reconocimiento del carácter de residente por la vía indirecta del parentesco. VI.- Que, por otra parte, cabe señalar que la decisión de la Dirección Nacional de Migraciones, al denegar la dispensa por razones de unidad familiar en los términos del artículo 29 de la Ley 25.871, no resulta arbitraria o irrazonable. En efecto, en el dictamen de la Dirección General Técnica Jurídica de ese organismo se señaló que "la conducta del migrante ha sido considerada a la luz de las distintas normas legales (Código Penal de la Nación, Código Procesal Penal de la Nación, y Ley 25.871), con consecuencias también diferentes en atención a los distintos bienes jurídicos protegidos". En concreto, sostiene que "el acto atacado, reúne todos y cada uno de los requisitos del acto administrativo contemplados en el artículo 7º de la Ley Nº 19.549, en cuanto ha sido dictado por autoridad competente, se sustenta en los hechos y antecedentes que le sirvieron de causa y en el derecho aplicable, tiene objeto cierto, se han cumplimentado los procedimientos esenciales y sustanciales previstos y los que resulten implícitos del ordenamiento jurídico, se halla motivado y cumple con la finalidad perseguida por las normas que otorgan las facultades al órgano emisor". Asimismo, al rechazar el recurso de reconsideración interpuesto por la recurrente, el Director Nacional de Migraciones destacó que "la naturaleza del delito por el que fuera condenado, obsta a la revisión del temperamento oportunamente adoptado". También, 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 inmovible el temperamento adoptado en consecuencia mediante el acto administrativo

aludido? (cfr. fs. 132 y 139/142). Al respecto, cabe recordar que el último párrafo del artículo 29 de la Ley, establece 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.?. VII.- Que, en tal sentido, cabe señalar que la determinación de la política migratoria constituye una potestad propia de los Estados, que gozan de un razonable ámbito de discreción para fijarla (CorteIDH ?Vélez Loor vs. Panamá?, sentencia del 23/11/2010, considerando 97º y sus citas). En sentido concordante, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que toda nación soberana tiene como poder inherente a su soberanía la facultad de prohibir la entrada de extranjeros a su territorio o de admitirlos en los casos y bajo las condiciones que ella juzgue libremente prescribir. Asimismo, señaló que la facultad de cada Estado de regular y condicionar la admisión de extranjeros en la forma y medida en que lo requiera el bien común en cada circunstancia, no es incompatible -como principio- con las garantías consagradas por la Ley Suprema (Fallos: 164:344; 183:373; 200:99; 313:101). Por otra parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido previamente que la jurisprudencia de otros órganos de supervisión internacional, tal como la Corte Europea, pueden aportar elementos constructivos para la interpretación y aplicación de derechos que son comunes a los sistemas regionales e internacional de derechos humanos (Informe 56-06 ?Wayne Smith vs. Estados Unidos?, del 20 de julio de 2006; nota 33). En tal sentido, al examinar casos como el que se presenta en la especie, la Corte Europea de Derechos Humanos ha señalado que es propio de los Estados para mantener el orden público, y en particular, mediante el ejercicio de esa facultad, y por razones de derecho internacional y las obligaciones que emergen de esas normas internacionales, controlar el ingreso y la residencia de los extranjeros. Al respecto, se ha sostenido que a fin de mantener el orden público, tienen el poder de expulsar o deportar a los extranjeros condenados por delitos graves (CEDH, ?Maslov v. Austria?, sentencia del 23 de junio de 2008); y, al momento de analizar la proporcionalidad de esas medidas, las autoridades nacionales gozan de un cierto margen de apreciación (?Berrehab v. the Netherlands?, sentencia del 23 Junio de 1988). A tal efecto, y por vía jurisprudencial, ese Tribunal estableció distintos parámetros genéricos que deben ser considerados para considerar si la autoridad estatal, al dictar la orden de deportación, ha obrado o no de manera excesiva o arbitraria. En tal sentido, señaló que corresponde tener en cuenta la naturaleza y la gravedad del delito cometido, y el grado de reiteración en ese tipo de conductas; la extensión de la estadía en el país; el tiempo transcurrido entre el momento que fue cometido el delito y la conducta del apelante desde entonces; la nacionalidad de las personas involucradas; la situación familiar respecto de contra quien se dicta la orden de deportación; el tiempo de duración del matrimonio y si la esposa sabía acerca de la comisión del delito; si ha tenido hijos y de qué edad, el estado civil y familiar que tenía al tiempo de ser dictada la orden de deportación, y el que construyó con posterioridad; el bienestar de los niños y la gravedad de las dificultades que podrían encontrar en el país al que es deportado; la solidez de los vínculos sociales culturales y familiares con el país desde el que es deportado y en el país hacia el que es deportado; y el interés del todo el tejido social; a fin de sopesar si la permanencia en el país constituye una amenaza para la seguridad de la población o si, a pesar de ella, debe prevalecer el derecho a la protección de la vida familiar (CEDH ?Bouchelkia v. France?, del 29 de enero de 1997, párrafos 40 y 31, y sus citas; ?Antwi and Others v. Norway?, del 13 de febrero de 2012; y sus citas; ?Külecki v. Austria?, del 1 de junio de 2017, y sus citas). En similar orden de ideas, también señaló que aún cuando el extranjero tenga un ?fuerte status de residencia y haya adquirido un alto grado de integración?, su posición no puede ser equiparada a la de un nacional, (CEDH, ?Üner v. The Netherlands?, sentencia del 18 de octubre de 2006, parr. 56, y 58; en el que se juzgó la validez de la orden de deportación y exclusión por diez años). Sobre la base de tales parámetros, y de una apreciación circunstanciada del caso, decidió sobre la validez o no de la deportación. VIII.- Que, en cuanto interesa al caso de autos, cabe señalar que de las constancias de la causa resulta que el señor C. se radicó en el país hace 10 años atrás, cuando tenía 16 años edad. Sin embargo, no es posible soslayar que el delito que motivó la orden de expulsión fue cometido el 28 de abril de 2013 y la sentencia condenatoria fue dictada el 10 de marzo de 2015 (fs. 6/25vta., del expediente administrativo agregado); es decir, es reciente y de una gravedad y violencia, pues como ya se señaló, fue condenado por el Tribunal Oral en lo Criminal nro. 3 del departamento Judicial de La Matanza a una pena de cuatro años de prisión, por resultar penalmente responsable del delito de homicidio simple en grado de tentativa. Ello, lo diferencia de otros casos en los que se podría predicar que la medida dispuesta por la Dirección Nacional de Migraciones resulta excesiva o desproporcionada. En efecto, en el artículo 29 de la ley 25.871 - en su redacción original -, a diferencia de otras legislaciones, se establece como requisito para declarar irregular la permanencia de un extranjero en el territorio nacional que aquel hubiese sido condenado o esté cumpliendo condena por un delito que merezca para la legislación argentina pena privativa de la libertad de tres (3) años o más. Es decir, el legislador estableció cuáles son los delitos que, por su gravedad, justifican la expulsión. IX.- Que, en cuanto a los agravios relacionados con la preservación de la unidad familiar cabe tener presente que, al respecto, se ha señalado que, como regla, ?toda decisión administrativa o judicial relativa tanto a la entrada, permanencia o expulsión de una niña o de un niño, como a la detención, expulsión o deportación de sus progenitores asociada a su propia situación

migratoria, debe evaluar, determinar, considerar y proteger de forma primordial el interés superior de la niña o del niño afectado? (cfr., CIDH, Opinión Consultiva nro. 21/14, del 19 de agosto de 2014, punto 70). Tales aspectos deben ser tenidos en cuenta tanto por el organismo administrativo que tiene a su cargo la aplicación de la ley de migraciones, como por todo aquél que sea tenido por parte en los procedimientos administrativos y judiciales en los que se cuestiona la orden de deportación. Al respecto, corresponde destacar que los agravios expuestos por la Defensora Pública a fs. 126/133, en representación del menor D. F. C., nacido el 5 de julio de 2012, cabe señalar que la dispensa prevista en el artículo 29 de la ley 25.871 presupone que en el caso se invoque y demuestre un verdadero vínculo familiar protegido por los artículos V y VI de la Declaración, Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, cuya afectación, en determinados casos, puede prevalecer sobre la orden de expulsión (cfr. CEDH ?Maslov v. Austria?, sentencia del 23 de junio de 2008; Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe nro. 81/10, Caso 12.562 ?Wayne Smith, Hugo Armendariz, y otros c. EE.UU., del 12 de junio de 2010, punto IV). En el caso, el demandante reconoció la paternidad de su hijo el 23 de octubre de 2017, es decir, cuando el menor tenía casi 5 años de edad; y lo hizo con posterioridad al momento en que se declaró irregular su permanencia en el país. En la primera oportunidad recursiva en la instancia administrativa, en octubre de 2016, nada dijo respecto del nacimiento o el vínculo con su hijo, pues solo se limitó a invocar que su familia reside en el país (fs. 95/107, de las actuaciones administrativas); ese reconocimiento tuvo lugar con posterioridad a la interposición del recurso directo que dio lugar al trámite de esta causa, a fs. 2/14vta (CEDH, ?Dalia v. France?, sentencia del 19 de febrero de 1998). Además, el juez de Primera Instancia le dio intervención a la Defensora Pública Oficial ante los Tribunales Federales de la Ciudad de Buenos Aires, quien se limitó a formular agravios genéricos respecto del interés superior del niño D. F. C., sin invocar ni acreditar elementos concretos que permitan determinar la consistencia del vínculo familiar que invoca, ni el grado de afectación de la vida familiar cuya vulneración alega. Al respecto, cabe señalar que la intervención conferida a fs. 108, no se formula con el objeto de que solo se enuncien cuáles son las normas y principios generales que resultan aplicables al caso, sino que mediante ella pretende que se asuma, en la medida en que le sea posible, una verdadera representación letrada del menor por cuyo interés cabe velar y, por tanto, que enuncie por qué razones, concretas y circunstanciadas correspondería dejar sin efecto la expulsión del progenitor del que trata.. En la especie, no se ha acreditado que el apelante haya reconocido ese vínculo ni asumido su responsabilidad parental, ni que constituya un sostén para la manutención de su hijo, que se halla a cargo de su madre de manera tal que no es posible concluir que la expulsión ocasione un perjuicio irreparable los intereses del niño porque quedaría desprotegido (esta Sala, en c. nro. 35.490/2012 ?Villar Benítez Pastor C/ En-M§ Interior-Dnm-Resol 1212 (Expte 2004035/06) S/Recurso Directo Dnm?, 2 de noviembre de 2017).

X.- Que, por lo demás, el planteo de inconstitucionalidad del artículo 70 de la Ley 25.871, con las modificaciones introducidas por el Decreto nro. 70/17, debe ser desestimado por los fundamentos expuestos por el señor Fiscal General a fs. 161/vta., a los que cabe remitir en razón de brevedad. XI.- Que, en virtud de lo expuesto, corresponde rechazar el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, y confirmar la sentencia apelada en cuanto ha sido materia de agravios; con costas por su orden en atención a las particularidades de la causa (cfr. art. 68, segunda parte, del CPCCN). ASI SE RESUELVE.- Regístrese, notifíquese y devuélvase.- Jorge F. Alemany Guillermo F. Treacy Pablo Gallegos Fedriani Cor relaciones Ley 25871 ? BO: 21/01/2004 028687E