

Migracion Expulsion De Extranjero Irregular Condena Penal Reunificacion Familiar

JURISPRUDENCIA

Migración. Expulsión de extranjero irregular. Condena penal.

Reunificación familiar Se confirma la disposición que canceló la residencia permanente, declaró irregular la permanencia del actor en el país, se ordenó su expulsión del territorio nacional y se prohibió su reingreso al país con carácter permanente al haber sido condenado penalmente

En Buenos Aires, a los 26 días del mes de abril de dos mil dieciocho, reunidos en acuerdo los Señores Jueces de la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, para conocer respecto del recurso interpuesto en autos: ?Meza Contreras, Luis Manuel c/ EN-M. Interior OP Y V-DNM s/ Recurso Directo DNM?, contra la sentencia obrante a fs. 132/139vta., el Tribunal estableció la siguiente cuestión a resolver: ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada? El doctor José Luis Lopez Castiñeira dijo: I. El señor Luis Manuel Meza Contreras interpuso recurso judicial -por intermedio de la Defensora Pública Coadyuvante de la Defensoría Pública Oficial ante los Juzgados Federales de Ejecuciones Fiscales Tributarias-, a fin de que se revocara la disposición SDX n° 19156, dictada el 22/01/15, por la que se declaró irregular su permanencia en el territorio nacional, se ordenó su expulsión y se prohibió su reingreso con carácter permanente, y su confirmatoria disposición SDX n° 224185, del 17/11/16, correspondientes al expediente n° 94775/2013. Asimismo, solicitó la intervención de la Defensoría Pública Oficial de Menores e Incapaces (fs. 2/14 y ampliación de fs. 52/55vta.). II. A fs. 131 el señor juez a quo rechazó el pedido efectuado por el actor relativo a la intervención del Defensor de Menores, por entender que el hecho de que el migrante tuviera un hijo menor no bastaba para concluir que era obligatoria su intervención en los términos del artículo 103 del Código Civil y Comercial de la Nación, toda vez que aquel no revestía per se la condición de parte del proceso. En ese sentido, indicó que los intereses del menor se encontraban resguardados por la actuación de su progenitor, representado por el Defensor Público Oficial y no se había alegado que tuvieses pretensiones diferentes o contrapuestas a las del demandante. III. A continuación, el señor juez de primera instancia rechazó la excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa, los planteos de inconstitucionalidad y el recurso judicial interpuesto por la representación del señor Luis Manuel Meza Contreras, y distribuyó las costas en el orden causado, en virtud de la forma en que decidió (fs. 132/139vta.). Para así decidir, en primer término, respecto de la excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa interpuesta por la demandada, refirió que no habían transcurrido los plazos previstos en el artículo 75 de la ley 25.871, por lo que el recurso tratado como denuncia de ilegitimidad debió ser tratado como recurso de reconsideración con jerárquico en subsidio (como señaló que propuso la Dirección de Asuntos Jurídicos de la DNM). Ello por haber expresado el actor en oportunidad de firmar el instrumento de notificación de la disposición en cuestión su objeción, debiendo en consecuencia darle trámite de recurso jerárquico. Referido a los planteos de inconstitucionalidad, luego de recordar que para su procedencia resultaba necesario un sólido desarrollo argumental, con fundamentos suficientes para que pudiera ser atendido, indicó que en autos no se advertía lesión, restricción, alteración y/o amenaza, con arbitrariedad e ilegalidad manifiesta, de derechos y garantías constitucionales, en tanto tal como lo afirmó la DNM, los actos administrativos fueron dictados de conformidad a lo previsto en la ley 25.871. En definitiva, concluyó sobre el punto que, toda vez que las manifestaciones realizadas por el accionante se limitaban a manifestar en forma genérica los principios constitucionales que entendía vulnerados, sin efectuar una fundamentación precisa en torno a que la norma en cuestión resultara irrazonable, correspondía rechazar el planteo de inconstitucionalidad. Agregó que no era facultad de los jueces sustituir el criterio de la Administración que ordenaba una expulsión de una persona extranjera, salvo que se demostrare que había mediado un error de hecho o de derecho, una omisión o un vicio con entidad suficiente para invalidarla, extremos que no se encontraban acreditados en autos. Manifestó que en el ejercicio de una actividad discrecional como la apuntada, no correspondía que los jueces sustituyeran el criterio de dichos órganos, en tanto esas decisiones respondían a criterios de especialidad que solamente podían ser modificados cuando mediara arbitrariedad o ilegitimidad. Sostuvo que en la causa se encontraba probado que la situación del extranjero encuadraba en los impedimentos para ingresar o permanecer en el territorio nacional, preceptuados en el inciso c del artículo 29 de la ley 25.871, y que los hechos esgrimidos por el recurrente no tenían suficiente entidad como para desvirtuar los impedimentos descriptos en la norma, correspondiendo en consecuencia rechazar el recurso. Aclaró que la presente acción, incoada en los términos del artículo 84 de la ley 25.871 encontraba su marco cognitivo en lo normado por el artículo 89, que dispone que el recurso judicial previsto en la primera de las normas citadas se limitaba al control de legalidad, debido proceso y razonabilidad del acto motivo de impugnación. Por otra parte, rechazó la defensa relativa a la violación del principio de non bis in idem, en virtud de que dicho principio no excluía la aplicación de más de una sanción con respecto a un mismo hecho, sino que prohibía únicamente la múltiple persecución por un

mismo hecho, de modo sucesivo o simultaneo. En ese punto, concluyó que en el caso una condena era de índole estrictamente penal y la otra sanción era de naturaleza administrativa, por lo que el supuesto invocado no se encontraba configurado en autos. Respecto de la decisión de la demandada de no haberle reconocido la excepción contenida en la ley por reunificación familiar, sostuvo que no se desprendía una presunción de ilegalidad que le permitiera reemplazar a la Administración en el uso de una facultad discrecional, que la ley claramente le confiere. Agregó respecto de ello, que era una facultad de la Administración aplicar la dispensa por reunificación familiar dependiendo de cada caso en particular, por lo que al haber sido condenado el actor a la pena de tres años y seis meses de prisión por considerarlo autor del delito de tráfico de estupefacientes, en la modalidad de comercialización, agravado por la intervención de tres o más personas, organizadas para tal fin y acopio de armas de fuego, ambas en concurso real entre sí, no podría considerarse que el acto cuestionado fuera irrazonable. Finalmente, dispuso que una vez firme y consentido el pronunciamiento, la DNM podía concretar la retención del extranjero en los términos de lo establecido en el artículo 69, septies, sexto párrafo, y 70, de la ley 25.871.

III. Disconforme con lo resuelto, el actor -por intermedio de la Defensora Coadyuvante de la Comisión del Migrante de la Defensoría General de la Nación- apeló y expresó agravios a fs. 140/144 y 144bis/158vta. contra las resoluciones de fs. 131 y 132/139vta., respectivamente, que fueron contestados a fs. 194/203vta. y 160/193, respectivamente. Se agravió de que:

- i. no se diera intervención a la Defensoría de Menores e Incapaces en representación de la hija menor de edad. Sostuvo que ello iba en contra de lo previsto en el artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño, la ley 26.061 y las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condiciones de Vulnerabilidad, en cuanto se prevé que la menor tiene derecho a ser escuchada en todo procedimiento judicial o administrativo que la afecte, como así también la obligación estatal de tener en cuenta su opinión; por lo que al rechazar la intervención del profesional designado para resguardar el interés de la niña, se impidió activar el mecanismo preestablecido para la protección de sus intereses, lo que constituía una violación al derecho de defensa en juicio y debido proceso de la menor involucrada;
- ii. no se fundamentara los motivos del rechazo de la aplicación al caso concreto del artículo 22 de la ley 25.871, por ser progenitor de una ciudadana argentina menor, con el consecuente encuadre de la situación en las previsiones del artículo 62 del mismo cuerpo legal. Argumentó que por ser padre de una ciudadana argentina, único requisito objetivo respecto del cual la DNM carece de cualquier tipo de facultad discrecional, se le debió reconocer su calidad de residente permanente y encuadrarlo en el artículo 62 que exige una condena mayor a 5 años, por lo que en definitiva no se encontraba configurado un supuesto objetivo previsto en la ley;
- iii. no se había fundamentado el rechazo de la reunificación familiar planteada como motivo de dispensa prevista en los artículos 62 y 29 de la ley 25.871, en tanto violaba el principio de razonabilidad de los actos de gobierno; omitiendo realizar un adecuado test de razonabilidad (valorando que ingresó al país a los 25 años de edad, que reside hace 9 años en el país, los vínculos familiares forjados y su arraigo, el tiempo transcurrido desde su condena, que el delito no fue grave y las penurias que constituiría su expulsión con prohibición de reingreso permanente). Indicó que tampoco se fundamentó el rechazo de las razones humanitarias invocadas como motivo de dispensa de las medidas atacadas. Asimismo, sostuvo que se estaba afectando el interés superior de la menor de edad;
- iv. de que se requiriera la aplicación del artículo 69 septies, sexto párrafo, y 70 del decreto 70/17, solicitando su declaración de inconstitucionalidad. En ese sentido, instó que se incoaran las actuaciones correspondientes en su oportunidad. Fundó lo solicitado en tanto se ampliaron los plazos de retención por razones migratorias (que pasaron de 15 días corridos, según decreto reglamentario 616/10, a 30 días corridos).

IV. A fs. 207/209 dictaminó el señor fiscal general y a fs. 210 se dispuso que la causa se encontraba en condiciones de ser resuelta.

V. Primeramente, debe recordarse que los jueces no estamos obligados a seguir a las partes en todas y cada una de las argumentaciones que pongan a consideración del Tribunal, sino tan sólo aquellas que sean conducentes para decidir el caso y que basten para dar sustento a un pronunciamiento válido (cfr. CSJN, Fallos: 258:308; 262:222; 265:301; 272:225; 278:271; 291:390; 297:140; 301:970; y esta Sala, in re: ?Scorovich, Carlos Mauricio c/ E.N. -M° Interior- D.N.M. - Rel. 1190/11 Ex. 641818 al 641821/78 y otro s/ Recurso directo para juzgados?, del 08/10/15, entre muchos otros).

VI. Ahora bien, a fin de obtener una acabada comprensión de los hechos que motivaron el presente reclamo, resulta procedente apuntar que de las constancias obrantes en el expediente administrativo n° 947752013 del registro de la DNM, se desprende, en cuanto aquí más importa, que:

- i) con fecha 8/08/14, el Tribunal Oral en lo Criminal Federal n° 3 de la Capital Federal, condenó al señor Luis Meza Contreras a la pena de 3 años y 6 meses de prisión, multa de \$3.600, accesorias legales y costas, por considerarlo participe secundario del delito de tráfico de estupefacientes en la modalidad de comercialización agravada por la intervención de tres o más personas organizadas a tal fin, y acopio de armas de fuego, sus piezas y municiones, ambos en concurso real entre sí (fs. 29/30 y fs. 43/44);
- ii) por disposición 19156, del 22/01/15, la DNM declaró irregular la permanencia en el país del señor Meza Contreras, y ordenó su expulsión del territorio nacional, la cual se haría efectiva una vez cumplida la pena o cesado el interés judicial de su permanencia por encuadrar en las previsiones del artículo 64 de la ley 25.871, y prohibió su reingreso al país con carácter permanente. Para así decidir, consideró que el encartado se encontraba residiendo en forma irregular dentro del territorio nacional, y

que según surgía de las actuaciones había sido condenado por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal n° 3 de la Capital Federal a la pena de 3 años y 6 meses de prisión efectiva, por el delito de tráfico de estupefacientes en la modalidad de comercialización agravada por la intervención de tres o más personas organizadas a tal fin, y acopio de armas de fuego, que encuadraban la situación en los impedimentos para ingresar o permanecer en el territorio nacional normados en el inciso c del artículo 29 e inciso j del artículo 3 de la ley 25.871 (fs. 51/54); iii) el señor Meza Contreras, con fecha 18/01/16, planteo nulidad, amplió fundamentos del recurso de reconsideración con jerárquico en subsidio contra la disposición SDX n° 19156 (fs. 88/97); iv) por disposición 224185, dictada el 17/11/16, la DNM rechazó la presentación reseñada en el punto anterior, la que fue tratada como denuncia de ilegitimidad. Para así decidir, sostuvo que los fundamentos en que se sustentaba la presentación no producían una modificación en los presupuestos sobre los que se habían dictado las medidas, no se agregaron elementos que permitieran modificar lo resuelto en autos y por ende, resultaba inmodificable el temperamento adoptado en consecuencia mediante el acto administrativo en cuestión (fs. 115/118). Por otro lado, también obran agregados a la causa fotocopia del DNI y certificado de nacimiento de la hija del actor -ver fs. 41/42-, nacida en el año 2010 en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y del certificado de discapacidad de ella -fs. 43. En tal estado de la causa, se impone ingresar al análisis de la cuestión sustancial traída a estos estrados. VII. Previo a tratar los agravios propuestos por el actor, es menester poner de relieve que la Corte Interamericana de Derechos Humanos admitió que la determinación de la política migratoria -entendida como todo acto o medida institucional que versa sobre la entrada, salida o permanencia de población nacional o extranjera dentro de su territorio- es potestad de los Estados, que cuentan con un ámbito de discrecionalidad a tal fin (cfr. fallo en el caso *Vélez Loor vs. Panamá*?, sentencia del 23/11/10). 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 (Fallos: 164:344; esta Cámara, Sala I, *Velito Castillo, Luis Antonio c/ E.N. - DNM - Ley 25.871 - Disp. n° 1491/10 s/ Proceso de conocimiento*?, del 13/11/14), y que el incuestionable derecho 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: 183:373; 200:99; 313:101; y esta Sala, in rebus, *Garcete Balbuena, Edgar Ramón c/ E.N. - M° Interior - DNM s/ Recurso directo DNM*?, sentencia del 4/04/17; *Cuzcano Tapia, Pool Kenny c/ E.N. - M° Interior - DNM s/ Recurso directo DNM*?, del 24/10/17; y *González Estigarribia, Edger Joel c/ E.N. - M° Interior OP y V - DNM s/ recurso directo DNM*?, sentencia del 21/11/17). De tal suerte, una interpretación armoniosa de las disposiciones constitucionales permite concluir en la posibilidad de reglamentaciones razonables al disfrute de los derechos por parte de los extranjeros, y la primera restricción a esos derechos está constituida por la exigencia de entrada y permanencia legal en nuestro país (Gelli, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*?, Tomo I, ed. La Ley, Buenos Aires, 4° edición, 2008, pág. 373; en idéntico sentido: esta Sala, *F.M.B. y otro c/ E.N. - M° Interior - Resol. n° 642/11 - Expte. n° 890.046/11 - Conaref - 59/11 y otros s/ Proceso de conocimiento*?, del 6/07/17). En función de ello es que la Ley de Migraciones n° 25.871 regula la admisión, el ingreso, la permanencia y el egreso de personas (art. 1°). Dicha norma establece en su art. 5° que: “[e]l Estado asegurará las condiciones que garanticen una efectiva igualdad de trato a fin de que los extranjeros puedan gozar de sus derechos y cumplir con sus obligaciones, siempre que satisfagan las condiciones establecidas para su ingreso y permanencia, de acuerdo a las leyes vigentes”. Dicha cláusula, por cierto, comprende todo el bloque de legalidad aplicable, a tenor de lo precisado en el inciso f) del art. 3° de la ley, donde se alude tanto al texto constitucional, como a los tratados y convenios que complementan la tutela de los derechos en juego. Asimismo, el inc. j) del artículo 3° de la ley citada, establece como objetivos de la misma, la promoción del orden internacional y la justicia, denegando a tal efecto el ingreso y/o la permanencia en el territorio argentino a personas involucradas en actos reprimidos penalmente por nuestra legislación. Atendiendo más específicamente a la controversia suscitada, cabe tener presente que el artículo 29 de la norma analizada -en su redacción anterior al dictado del Decreto 70/17-, determinaba una serie de causas impeditivas del ingreso y permanencia de extranjeros al territorio nacional, entre las cuales, y en cuanto aquí importa, el inc. c) disponía: “[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?”. A su vez, en el último párrafo del artículo 29 de la citada ley migratoria reza que: “[l]a 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 este artículo”. Por último, es oportuno tener presente que el artículo 62 de la norma analizada -en la redacción vigente al momento del dictado de los actos aquí impugnados-, establece: “[l]a Dirección Nacional de Migraciones, sin perjuicio de las acciones judiciales que correspondieran deducir, cancelará la residencia que hubiese otorgado, con efecto suspensivo, cualquiera

fuese su antigüedad, categoría o causa de la admisión y dispondrá la posterior expulsión, cuando: ... b) El residente hubiese sido condenado judicialmente en la República por delito doloso que merezca pena privativa de libertad mayor de cinco (5) años o registrase una conducta reiterante en la comisión de delitos. En el primer supuesto, cumplida la condena, deberá transcurrir un plazo de dos (2) años para que se dicte la resolución definitiva de cancelación de residencia, la que se fundamentará en la posible incursión por parte del extranjero en los impedimentos previstos en el artículo 29 de la presente ley. En caso de silencio de la Administración, durante los treinta (30) días posteriores al vencimiento de dicho plazo, se considerará que la residencia queda firme...?.

VIII. Sentado ello, razones de orden lógico imponen el tratamiento, en primer término, de la solicitud del actor de intervención de la Defensoría de Menores e Incapaces. Sobre el punto esta Sala tiene dicho que el marco normativo aplicable no prevé la intervención del Ministerio Pupilar en orden a tutelar los derechos de los hijos menores del expulsado, quienes no tienen una pretensión autónoma para oponerse a ella ni, por ende, revisten el carácter de parte en los procesos de esta naturaleza, no resultando suficiente, a tal efecto, la mera invocación del interés superior del niño (ver, en el mismo sentido ?Maidana, Juan Carlos c/ E.N. - D.N.M. s/ recurso directo D.N.M.? sent. del 17/04/18, y sus citas). Por otra parte, no puede pasarse por alto que, en la especie, los intereses de los menores se encuentran adecuadamente resguardados, al preverse en el art. 29 in fine de la ley 25.871, como dispensa a la expulsión, la necesidad de reunificación familiar, a ser evaluada por la autoridad migratoria (conf. esta Sala in re ?Cuzcano Tapia?, cit.; y Sala IV, ?Chávez Ruiz, Digmar Félix c/ E.N. - M° Interior - Resol. n° 311/12 - DNM - Expte. n° 2291578/07 y otro s/ Recurso directo DNM?, resolución del 1°/12/16 y sentencia definitiva del 27/06/17, respecto del cual el recurso extraordinario deducido y el de queja por denegación de éste, fueron desestimados por la C.S.J.N. mediante la invocación del art. 280 C.P.C.C.N., con fecha 26/12/17, en el expte. CAF 25164/12/1/RH1, homónimo). En mérito a lo expuesto, debe desestimarse el pedido de intervención del Defensor de Menores e Incapaces.

IX. Respecto de la pretendida aplicación de los arts. 22 y 62, inc. b), de la ley 25.871, no puede prescindirse del hecho de que fue recién al presentar el recurso judicial ante la primera instancia -es decir, con posterioridad a la finalización del expediente administrativo- que el actor lo alegó, por lo que no conformó el marco de conocimiento que tuvo la administración al tomar la decisión de su expulsión ni al revisarla (artículo 7°, inciso b, de la Ley 19.549). La omisión del planteo en sede administrativa veda, como principio, el análisis de la cuestión en sede judicial, por cuanto el principio de congruencia exige que la demanda en esta sede verse sobre los mismos hechos y el derecho invocados al efectuar el reclamo o impugnar el acto en sede administrativa; es decir, que sean los mismos temas y motivos propuestos a decisión administrativa los sometidos a juzgamiento judicial (art. 30, LNPA; esta Sala, in re ?Avalos Gómez, Francisco Domingo c/ EN-M. Interior OP Y V-DNM s/ Recurso Directo DNM?, sent. del 19/04/18 y sus citas). Sin perjuicio de ello, en aras de resguardar el derecho de defensa del actor y al sólo efecto del examen de legitimidad de los actos aquí impugnados -aspecto que compete a este Tribunal en función de lo dispuesto en el artículo 89 de la ley 25.871-, ha de examinarse la mencionada defensa -alegada en sede judicial-, respecto de la que corresponde estar al criterio sentado por esta Sala en el precedente de autos: ?Cuzcano Tapia?, ya citada. En dicha oportunidad, se sostuvo que, de acuerdo al dispositivo legal mencionado en primer término -art. 22-, se considerarán residentes permanentes a aquellos inmigrantes que sean cónyuges, hijos y padres de ciudadanos argentinos, nativos o por opción. A su vez, el segundo de los preceptos apuntados-art. 62, inc. b)- establece que la D.N.M. podrá cancelar la residencia que hubiese otorgado, cualquiera fuese su antigüedad, categoría o causa de la admisión, y dispondrá la posterior expulsión, cuando el residente hubiese sido condenado judicialmente en la República por delito doloso que merezca pena privativa de libertad mayor de cinco años o registrase una conducta reiterante en la comisión de delitos. El recurrente colige que, en tanto progenitor una menor de nacionalidad argentina, reviste automáticamente el carácter de residente permanente en los términos del citado art. 22, y por ello, para disponer la cancelación de la residencia y la consecuente expulsión del territorio nacional, no resultaría aplicable el art. 29, inc. c), sino el art. 62, inc. b), en cuanto impone la exigencia de condena penal de mayor cuantía. En punto a ello, en primer lugar ha de referirse que a los fines de obtener la residencia permanente se requiere de un acto expreso de la DNM en tal sentido, debido a su carácter de autoridad de aplicación conferida legalmente, en virtud del art.105 de la Ley n° 25.871 (conf. Sala IV, in re: ?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). Asimismo, en segundo lugar, ha de señalarse que luego de haber incurrido el migrante en alguna de las causales impeditivas de la permanencia en nuestro país (en el caso, como se viera, las condenas penales), mal puede pretender el reconocimiento del carácter de residente. Por lo demás, el pretendido reconocimiento del alegado carácter de residente permanente, es materia manifiestamente ajena a esta causa y excede la competencia de este Tribunal, ceñida a la revisión del acto administrativo por el que la autoridad migratoria declaró irregular la permanencia del Sr. Meza Contreras en nuestro país, dispuso su expulsión y prohibió su reingreso al territorio con carácter permanente. En su caso, la cuestión pudo y debió ser planteada, examinada y resuelta por la vía correspondiente. En efecto, de una interpretación armoniosa de las disposiciones contenidas en la ley 25.871, se colige sin duda alguna que la jurisdicción de esta Alzada se circunscribe exclusivamente al control de legalidad, debido

proceso y razonabilidad de las decisiones administrativas que decreten la expulsión de un extranjero, por manera que este Tribunal habrá de limitarse a su confirmación o revocación (conf. arts. 74, 84 y 89). En sentido concordante, ya se ha expedido esta Sala, con fecha 26 de diciembre de 2017, in rebus: ?Calderón Mayuri, Omar Martín c/ E.N. - M° Interior OP y V-DNM s/ Recurso directo DNM?, y más recientemente en la causa ?Mestre Soto, David Fernando c/ E.N. - M. Interior OP y V - DNM s/ Recurso directo DNM?, sentencia del 27/02/18. Así las cosas, resulta claro que el actor no reviste el carácter de residente permanente, por lo que la pretendida aplicación de lo dispuesto en el art. 62, inc. b), de la ley 25.871, carece de todo sustento. X. Despejado lo anterior, y a fin de dar tratamiento a las cuestiones relativas a la dispensa de expulsión por razones de reunificación familiar, prevista en el artículo 29, in fine, de la ley 25.871, cabe efectuar algunas consideraciones. En efecto, el recurrente en sede administrativa tampoco alegó ni solicitó la dispensa por reunificación familiar y mucho menos invocó y acreditó el hecho de tener una hija argentina menor de edad (sin perjuicio de que la demandada a fs. 110 manifestó que se analizó dicha dispensa, la que sostuvo que fue rechazada). Bajo tales precisiones, recuérdese que el actor cuestiona que, en la sentencia apelada, se desconociera su derecho a repeler la expulsión, al entender que se soslayó la consideración en torno de que ?tiene una hija menor de edad?. De esta manera, para resolver la cuestión -relativa al derecho a la reunificación familiar-, cabe recordar que el citado artículo 29, in fine, de la ley 25.871 en su texto original -vigente al momento de los hechos-, tras enumerar los impedimentos para el ingreso y permanencia en el país, establece que la D.N.M., previa intervención del Ministerio del Interior, excepcionalmente podrá admitir en el país a los extranjeros comprendidos en la norma, en las categorías de residentes permanentes o temporarios, por razones humanitarias o de reunificación familiar, mediante resolución fundada en cada caso particular. Además, en el artículo 10 de la misma ley 25.871 -también en su antigua redacción, vigente al momento de los hechos- se dispone que: ?[e]l Estado garantizará el derecho de reunificación familiar de los inmigrantes con sus padres, cónyuges, hijos solteros menores o hijos mayores con capacidades diferentes?. Sin embargo, no puede prescindirse del hecho de que fue recién al presentar el recurso judicial ante la primera instancia -es decir, con posterioridad a la etapa administrativa- que el actor alegó el nacimiento de su hija menor de edad, por lo que dicha situación no conformó el marco de conocimiento que tuvo la administración al revisar la decisión que disponía su expulsión (artículo 7º, inciso b-, de la ley 19.549). Máxime cuando, no se ha alegado ni probado la existencia de hecho alguno que le impidiera, cuanto menos, la alegación del vínculo que aquí pretende invocar. Recuérdese que, el interesado contaba con la posibilidad de deducir contra la confirmación del acto de expulsión, el recurso de alzada; oportunidad en la cual pudo someter a la instancia administrativa la alegación de la aquí invocada reunificación familiar (cfr. artículo 79 de la Ley de Migraciones, en su versión anterior a la reforma del Decreto n° 70/17). A todo evento, según el régimen vigente, nada impediría que la facultad de otorgar dicha dispensa en cabeza de la administración pueda ser ejercida en todo momento, habida cuenta de que se trata de una facultad de discrecional otorgamiento. Es decir, dicha venia podría llegar a darse, con independencia de lo aquí resuelto, en la medida en que ello fuera peticionado por el recurrente, en dicha instancia administrativa, hipótesis que excede el marco decisorio abierto a esta Sala en esta oportunidad. Asimismo, como ya se señaló en el considerando que antecede, cabe reiterar que la omisión del planteo en sede administrativa veda, como regla, el análisis de la cuestión en sede judicial. Sin perjuicio de ello, y a todo evento, también debe tenerse presente que, según ya se ha interpretado, no cabe a los magistrados otorgar, per se y en esta instancia, la dispensa examinada, sino que sólo les compete revisar el acto que, a su respecto, hubiera dictado la Administración (conf. esta Sala, ?Vallejos Orellana, Juanito c/ E.N. - M° Interior - DNM - Resol. 256/12 - Expte. 219333/09 y otro s/ recurso directo DNM?, del 2/11/17). En sentido concordante, ya se ha expedido esta Sala, con fecha 27 de febrero de 2018, in re: ?Mestre Soto?, ya citado. En función de lo expuesto, se impone concluir que los agravios en estudio no resultan idóneos para alterar lo resuelto. XI. Cabe proseguir el análisis, abordando lo referente al planteo de inconstitucionalidad de lo dispuesto en el artículo 70 -en cuanto al plazo de retención- del decreto 70/17. En este punto, ha de señalarse que, en la presente causa, no se demostró el agravio concreto que, en el caso y de manera particularizada, singular, personal e individual, le hubiera producido a la actora la aplicación del dispositivo analizado, sin que pueda predicarse a priori y con carácter general que los plazos previstos en la norma resulten descalificables per se, o en forma genérica y abstracta. En este orden de ideas, recuérdese que la declaración de inconstitucionalidad de una norma impone a quien la pretende la obligación de demostrar claramente de qué forma aquélla contraría la Constitución Nacional, causándole un gravamen, y para ello, es menester que precise y acredite fehacientemente en el supuesto concreto el perjuicio que le genera la aplicación del dispositivo (cfr. CSJN, Fallos: 316:687; 324:3345; 325:645; 327:1899; y 328:4282, entre muchos otros). En este sentido, no puede perderse de vista que la declaración de inconstitucionalidad de una norma constituye la más delicada de las funciones susceptibles de encomendarse a un tribunal de justicia, configurando un acto de suma gravedad institucional, que debe considerarse como la última ratio del orden jurídico (CSJN, Fallos: 312:72; 316:1718; 322:842; 325:1922; 326:3882, entre muchos otros). Por ello, no cabe admitirla sino cuando un acabado examen del precepto conduce a la convicción cierta de que su aplicación conculca derechos o garantías constitucionales, supuesto que, en el sub examine,

no se encuentra mínimamente acreditado (ver, en sentido análogo, y sobre idéntica materia a la aquí tratada esta Sala, in re: ?Cuzcano Tapia?, ya citado). Los fundamentos hasta aquí expuestos resultan de aplicación a los fines de desestimar el planteo de inconstitucionalidad del artículo 70 de la ley 25.871. Refiérase, sobre ello, que el perjuicio planteado es hipotético y, a su vez, la defensa intentada resulta meramente dogmática. Es que el recurrente se limitó a comparar la directiva legal original y su decreto reglamentario 616/2010 con el texto legal que resultaría del decreto 70/2017, sin dejar específicamente establecido el derecho constitucional que conculcaría -en la hipótesis- la modificación de la duración de la retención por razones migratorias establecida en este último. Sobre las bases expuestas, el agravio constitucional no puede ser admitido. XII. En definitiva, se concluye que el organismo administrativo, en uso de sus facultades legales, no hizo más que aplicar la norma migratoria, sin que se avizore rasgo alguno de arbitrariedad o ilegalidad en la decisión adoptada; antes bien, el organismo migratorio en el acto de denegación motivó, suficientemente, la medida adoptada. En las condiciones descriptas, resulta claro que la Dirección Nacional de Migraciones se limitó a considerar que se hallaba configurado uno de los supuestos objetivos previstos como causas impeditivas que la habilitan, como autoridad de aplicación, a declarar irregular la permanencia en el país, ordenar la expulsión y prohibir el reingreso de un extranjero.

Así las cosas, teniendo en cuenta todo lo expuesto, corresponde confirmar lo sostenido por el señor magistrado a quo en cuanto a que el organismo administrativo realizó una correcta aplicación de las normas contenidas en la ley 25.871, ya que el actor fue condenado a la pena de 3 años y 6 meses de prisión por considerarlo partícipe secundario del delito de tráfico de estupefacientes en la modalidad de comercialización agravada por la intervención de tres o más personas organizadas a tal fin, y acopio de armas de fuego, sus piezas y municiones, ambos en concurso real entre sí. Sobre esa base no puede considerarse que el acto cuestionado sea irrazonable dado que la ley habilita a la DNM a disponer la expulsión del extranjero en dicho caso. XIII. Las costas de esta instancia han de ser soportadas por el recurrente vencido, por no advertirse motivos valederos que ameriten apartarse del principio objetivo de la derrota (art. 68, primer párrafo, CPCCN). Por lo expuesto, oído el Sr. Fiscal General, propongo al Acuerdo: rechazar, con costas de esta instancia, los recursos deducidos por el actor y, en consecuencia, confirmar las resoluciones apeladas, en cuanto fue materia de agravios. La Dra. María Claudia Caputi y el Dr. Luis María Márquez adhieren al voto precedente. En virtud del resultado que instruye el acuerdo que antecede, oído el Sr. Fiscal General, el Tribunal RESUELVE: rechazar, con costas de esta instancia, los recursos deducidos por el actor y, en consecuencia, confirmar las resoluciones apeladas, en cuanto fue materia de agravios. Regístrese, notifíquese -a las partes y al señor fiscal general- y, oportunamente, devuélvase. JOSÉ LUIS LOPEZ CASTIÑEIRA LUIS MARÍA MÁRQUEZ MARÍA CLAUDIA CAPUTI 030996E