

CAMARA FEDERAL DE SALTA - SALA II

**“I. F., P. c/ ESTADO NACIONAL y OTRO”
s/IMPUGNACIÓN DE ACTO ADMINISTRATIVO”
EXPTE N° FSA 31000313/2011/CA1
JUZGADO FEDERAL DE JUJUY N° 1**

///ta, 4 de febrero de 2019.

VISTO:

El recurso de apelación interpuesto por la demandada a fs. 345 en contra de la resolución de fs. 339/344vta., por la que el Juez Federal de Jujuy

Nº 1 (subrogante) hizo lugar a la demanda interpuesta contra el Estado nacional, dejando sin efecto la disposición 69.804 de 2009 (copia glosada a fs.

82/84) que ordenó la expulsión del Sr. del territorio nacional; y

CONSIDERANDO

A la cuestión planteada la Dra. Mariana Inés Catalano dijo:

1) Que para así decidir, el *a quo* consideró que el control de razonabilidad permitido por el art. 89 de la ley 25.871 implica analizar si las

consecuencias de la decisión administrativa guardan proporción con los fines

contenidos por la norma o si, apartándose de aquéllos, se desconocieron

innecesaria e injustificadamente derechos primordiales; sobre todo la posibilidad prevista en la última parte del art. 29 de dicho plexo, de que los

extranjeros permanezcan en el país por razones humanitarias y de reunificación familiar.

Sentado ello, tuvo en cuenta que el actor cuenta con dos hijos argentinos que se encuentran escolarizados y conviven con él y su pareja; y que

conforme surge del acta de fs. 320 vta. el niño P.M. I F manifestó que siempre vivió con su padre. Asimismo, contempló el hecho de que el actor

cumplió con su condena hace diecisiete años y que reside en nuestro país desde

1998, trabajando actualmente en la finca "S. C. SRL", aunque de manera informal debido a su situación migratoria. Por último, atendió a la

declaración testimonial de E. C., vecino del interesado, quien dijo tener un buen concepto a su respecto.

Como consecuencia de este cuadro, estimó indudable que la expulsión del Sr. I. F. implicaría prácticamente la ruptura del vínculo con sus hijos o que ellos deban también desarraigarse a los fines de ser

repatriados con su progenitora a su país de origen (Bolivia), lo que significaría

alejarlos del resto de la familia y su entorno. Citó jurisprudencia de esta Sala en

la causa "Ortiz, María Antonia c/ Dirección Nacional de Migraciones" e impuso las costas por el orden causado, debido a que el actor actúa con

patrocinio letrado oficial.

2) Que al expresar agravios (fs. 347/354) la recurrente esgrime que el sentenciante, como consecuencia de una mala interpretación de las constancias de autos, consideró que su parte no hizo un correcto test de

razonabilidad y desconoció razones humanitarias y de reunificación familiar,

cuando ello no es así.

Asevera que no es suficiente alegar el criterio de reunificación familiar si el interesado no acreditó, en grado mínimo y más allá del título de

padre que genéricamente invocó, una conducta congruente y consecuente con

las obligaciones que conlleva el desempeño de dicho rol familiar.

Enfatiza que

el otorgamiento de la dispensa que el recurrente pretende es facultad propia y

discrecional de la Administración, que no debe ser sustituida por el criterio del

juez, salvo arbitrariedad o ilegitimidad.

Reprocha que se utilice a los niños como escudo y argumenta que si bien de acuerdo a la Convención sobre los Derechos del Niño los Estados

velarán porque los niños no sean separados de sus padres, ello es con la salvedad de que esa separación sea el resultado de una medida como la detención, el encarcelamiento, el exilio, la deportación o la muerte, y la Ley Migratoria emplea la palabra expulsión, que es sinónimo de deportación. Añade que el deber de asignar al interés superior del niño una consideración primordial no podría entenderse como una preeminencia general y a priori.

Hace reserva del caso federal.

A fs. 361/369 comparece la Dra. Arrostito, en su carácter de Delegada del Cuerpo de Abogados del Estado, y luego de reiterar las argumentaciones de su colega en cuanto a las facultades de la Administración en la aplicación de la Ley 25.871, remarca que la Dirección Nacional de Migraciones ordenó la expulsión del actor a fin de promover el orden internacional y la justicia, por haber sido condenado a 4 años y 5 meses de prisión. Indica que el magistrado no ponderó las recomendaciones de los Tribunales Internacionales en la materia, no existiendo prueba alguna de la rehabilitación delictual del migrante ni de un comportamiento acorde a la situación familiar de padre que invoca; pues el actor ni siquiera ha intentado probar en qué medida colabora con el mantenimiento del hogar y/o educación de su hija. Teoriza sobre la comprensión de la Convención sobre Derechos del Niño y formula reserva de caso federal.

3) Que a fs. 371 se declara decaído el derecho de la actora a contestar agravios por vencimiento del término respectivo, llamándose autos a resolver.

4) Que a fs. 372 se corre vista al Sr. Defensor General y se

dispone, como medida de mejor proveer, que Gendarmería Nacional se constituya en el domicilio referido por el interesado (Finca Santa Cecilia, ruta 42, Departamento el Carmen, provincia de Jujuy) a fin de efectuar un amplio informe socio económico ambiental.

4.1) A fs. 373/374 el Dr. Bomba Royo evacúa la vista conferida, propiciando el rechazo del recurso deducido, en un todo de acuerdo a la actuación del representante legal del actor y en el convencimiento de que el extrañamiento de I. F. colocaría a sus hijos en extrema situación de vulnerabilidad.

4.2) A fs. 377/384 se adjunta el informe requerido a Gendarmería Nacional con su respectivo anexo fotográfico, lo que será oportunamente ponderado.

5) Que la Ley 25871, en el Título V, Capítulo I bis, instauró un procedimiento especial sumarísimo aplicable a los casos, como el de autos, de extranjeros respecto de los cuales se dispuso la expulsión del territorio nacional por encontrarse comprendidos en el impedimento previsto en el art. 29 inc. c), consistente en haber sido condenado o estar cumpliendo condena, o tener antecedentes o condena no firme en la República Argentina o en el exterior, por delitos que merezcan según las leyes argentinas penas privativas de la libertad.

Y prevé para tales supuestos la posibilidad de interponer recurso jerárquico en un plazo improrrogable de tres días desde la notificación de la resolución (art.

69 quinquies) y, agotada la instancia administrativa, un recurso judicial en el mismo plazo (art. 69 septies). Asimismo, ya en la órbita judicial, contra la

resolución desestimatoria del juez está previsto un recurso de apelación ante la Cámara Federal correspondiente, también en el plazo de tres días (art. 69 nonies).

En rigor, entonces, el trámite previsto constituye un **recurso directo, no una demanda contencioso administrativa como la que nos**

ocupa (ve escrito de fs. 21, pto II, objeto). No obstante esta cuestión procesal,

que determinaría la inadmisibilidad de la vía elegida, por vía de excepción y a

fin de no truncar el derecho de acceso a justicia en esta segunda instancia,

ingresaré al tratamiento de la cuestión, que radica en determinar si resulta

aplicable la dispensa prevista en el párrafo final del citado art. 29, por razones

humanitarias o de reunificación familiar.

5.1) Para desentrañarlo, es oportuno recordar que uno de los objetivos del referido Régimen de Migraciones es garantizar el ejercicio del

derecho a la reunificación familiar (art. 3° inc. d) y en el capítulo a los derechos

y obligaciones de los extranjeros dispone que el Estado garantizará el derecho

de reunificación familiar de los inmigrantes con sus padres, cónyuges, hijos

solteros menores o hijos mayores con capacidades diferentes (art. 10).

Pero también es categórico cuando expresa que será causal impeditiva del ingreso y permanencia de extranjeros en territorio nacional el

hecho de haber sido condenado o estar cumpliendo condena, o tener antecedentes o condena no firme, en la República Argentina o en el exterior,

por delitos que merezcan según las leyes argentinas penas privativas de la

libertad (art. 29 inc. c de la ley 25.871, modificado por el decreto 70/17).

En la especie, la realidad del actor encuadra literalmente en dicha

causal normativa. Sin embargo, la propia norma en su última parte expresa que, excepcionalmente, la Dirección Nacional de Migraciones podrá admitir en el país únicamente por razones humanitarias, de reunificación familiar o de auxilio eficaz a la justicia en condiciones del último párrafo del artículo, en las categorías de residentes permanentes o temporarios, a los extranjeros comprendidos en los incisos a), k) y m) y a los comprendidos en el inciso c) en caso de que el delito doloso merezca en la legislación nacional pena privativa de la libertad cuyo monto no exceda de tres (3) años de prisión, o sea de carácter culposo. Fuera de los supuestos regulados – continúa diciendo – no podrá hacerse lugar al trámite excepcional de dispensa.

Se trata de una facultad propia de la Administración, pero el margen de su ejercicio no es ilimitado sino que demanda un análisis particularizado del caso concreto; el cual, en la hipótesis bajo examen, evidencia que la excepción era procedente.

5.2) En efecto, conforme surge de fs. 306/316, el demandante tiene dos hijos varones menores en edad escolar, que residen con él, lo que se concatena con el amplio informe de Gendarmería Nacional requerido en esta sede (fs. 377/385). Y si bien de estas últimas constancias surge que estaría momentáneamente desocupado, también es claro que ello obedece a sus problemas de documentación (pues así lo declararon los entrevistados a fs. 378vta., 380 vta. y 382 vta., todas *in fine*) y no a malos hábitos o falta de cultura de trabajo; siendo inoperante el intento de la recurrente de convertir ese dato coyuntural en un argumento a favor de la expulsión. Así las cosas, resultaba ineludible considerar el derecho de los

niños a que su vínculo familiar se mantenga unido, pues de acuerdo a las probanzas la madre también convive con el recurrente y se dedica a la elaboración de pan casero.

Sobre el punto se ha pronunciado la Corte Interamericana de Derechos Humanos al afirmar que en función del interés superior del niño, la separación de su núcleo familiar debe ser excepcional y preferentemente temporal, y que cualquier órgano administrativo o judicial que deba decidir acerca de la separación familiar por expulsión motivada en la condición migratoria de uno o ambos progenitores, debe emplear un análisis que contemple las circunstancias particulares del caso concreto y garantice una decisión individual, priorizando en cada caso el interés superior del niño o de la niña (Opiniones Consultivas N° 17/02 y 21/14).

En el mismo sentido nuestro Máximo Tribunal puntualizó que la Convención sobre los Derechos del Niño, de jerarquía constitucional, encarece la tutela de su interés superior, elevándolo a rango de principio (Fallos: 318:1269; 322:2701; 323:2388; 324:112, entre otros), por lo que, además de la especial atención que merecen de quienes están directamente obligados a su cuidado, necesitan también la de los jueces y de la sociedad toda, siendo que la consideración primordial de su interés viene tanto a orientar como a condicionar la decisión de los jueces llamados al juzgamiento de estos casos (Fallos: 322:27001; 324:122; 3274:2413).

5.3) A lo expuesto se añade otro dato de importancia que es el prolongado tiempo transcurrido (más de 17 años) desde el cumplimiento de la pena por parte de I F; ello además sin noticia ni registro de comisión de nuevos delitos, lo que trasunta su voluntad de ajustar su conducta conforme a derecho.

6) Que por los fundamentos vertidos, atento que los elementos puntualizados han sido debidamente ponderados por el juez de grado inferior, y que esta Sala ya ha resuelto en sentido afin en el precedente “Farfan Manguia Matías c/ Estado Nacional – Ministerio del Interior - Dirección Nacional de migraciones s/ amparo ley 16.986” (fallo del 27/2/2018), estimo que la resolución debe ser confirmada y que corresponde rechazar el recurso de la demandada; con costas a su cargo en su carácter de vencida (art. 68 del

CPCCN). **ASI VOTO**

Los Dres. Alejandro Augusto Castellanos y Guillermo Federico Elías dijeron:

Adherimos al voto que antecede por compartir los fundamentos y la solución del caso.

En virtud de lo expuesto, el Tribunal

RESUELVE:

I.- RECHAZAR el recurso de apelación interpuesto por la demandada a fs. 345 y en consecuencia, **CONFIRMAR** la sentencia de fs.

339/344 y vta. Con costas a la vencida (art. 68, 1° párrafo del CPCCN).

II.- REGISTRESE, notifíquese, publíquese en los términos de las Acordadas de la CSJN N° 15 y 24 de 2013 y oportunamente devuélvase al

Juzgado de origen.

Fdo. Dres. Mariana Inés Catalano- Guillermo Federico Elías- Alejandro Augusto Castellanos- Jueces de Cámara- Ante mí: María Ximena Saravia-
Secretaria