

Suprema Corte:

-I-

La Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal revocó la sentencia de primera instancia y declaró la nulidad de la resolución del Ministerio del Interior 561/2011, que había confirmado la declaración de irregularidad de la permanencia en el país de Zoyla Cristina Barrios Rojas, ordenado su expulsión, y prohibido su reingreso por el término de quince años (fs. 441/444).

El tribunal *a quo* señaló, ante todo, que si bien el Estado nacional goza de privilegios, poderes y prerrogativas establecidas en la Constitución, éstas solo se encuentran justificadas si tienden a asegurar el respeto de los derechos humanos.

Bajo esa premisa, entendió que, en lo sustancial, en el caso debía efectuarse un test de razonabilidad del acto impugnado teniendo en cuenta, por un lado, que la medida de expulsión fue dictada a raíz de la condena que le había sido impuesta en sede penal —cf. art. 29, inciso c, Ley 25.871 de Migraciones—, y, por otro, las razones de unidad familiar y las cuestiones humanitarias planteadas por la accionante, en virtud de las cuales la autoridad migratoria cuenta con la facultad de conceder una dispensa ministerial —cf. art. 29, ley 25.871, último párrafo—.

Sobre esta base, en primer lugar, la cámara apuntó que, de acuerdo a las constancias obrantes en el expediente, se encontraba acreditado que Barrios Rojas había ingresado al país hacía más de veinte años, que contrajo matrimonio con un argentino naturalizado, y que, además, residen en el país su madre y su hermano, ambos con residencia permanente, así como sus sobrinos de nacionalidad argentina.

En segundo lugar, destacó que desde el dictado de la condena

penal en 1998, habían transcurrido 17 años y que, desde ese momento, Barrios Rojas había logrado una calificada reinserción social y laboral.

Asimismo, recordó que si bien la autoridad migratoria cuenta con la facultad discrecional de conceder o denegar la dispensa prevista en la normativa que rige el asunto, esa discrecionalidad no puede ser ejercida de manera irrazonable.

Por esas razones, el tribunal concluyó —en sentido coherente con la postura del Ministerio Público Fiscal en esa instancia— que, de conformidad con las circunstancias reseñadas y, en especial, teniendo en cuenta los antecedentes de arraigo familiar de Barrios Rojas, la expulsión no constituía una medida razonable, por lo que dispuso revocar el pronunciamiento recurrido y declarar la nulidad de la resolución 561/2011 impugnada en autos.

—II—

Contra dicho pronunciamiento, la Dirección Nacional de Migraciones, interpuso recurso extraordinario (fs. 447/467), el cual fue replicado (fs. 471/479) y concedido exclusivamente respecto de la cuestión federal invocada (fs. 481).

La recurrente se agravia por cuanto la cámara, a su juicio, efectuó una interpretación sobre la dispensa ministerial prevista en el artículo 29 *in fine* de la ley 25.871 que vulnera competencias y facultades que le son propias. Al respecto, manifiesta que el término “podrá” contenido en el citado artículo da cuenta de que la dispensa constituye una facultad propia de la autoridad de aplicación, de carácter excepcional y discrecional, solo revisable judicialmente a los fines de determinar la legalidad, el debido proceso y la razonabilidad del acto.

Alega que, en el caso, la Dirección Nacional de Migraciones realizó un test de razonabilidad entre la condena recaída y la facultad discrecional de otorgar una dispensa por razones de reunificación familiar. En este sentido,

explica que el organismo determinó que la expulsión dictada a Barrios Rojas por haber sido condenada como autora del delito de tenencia agravada de estupefacientes con fines de comercialización, es una medida razonable y guarda una adecuada proporción con el fin de orden público de promover el orden internacional y la justicia, impidiendo el ingreso y permanencia en el país de personas involucradas en actos reprimidos penalmente, conforme al artículo 3, inciso j, de la Ley de Migraciones, así como con la lucha contra el narcotráfico que lleva adelante el Estado nacional.

Así las cosas, plantea la existencia de una injerencia indebida del poder judicial en la órbita de las decisiones administrativas.

Al mismo tiempo, señala que la sentencia apelada no resulta una derivación razonada del derecho vigente, ya que no resuelve la cuestión dentro del marco específico de la ley 25.871 y su decreto reglamentario 616/2010. Sostiene, además, que dicho pronunciamiento contradice jurisprudencia de la Corte Suprema y de otras salas de la propia Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal.

Por último, esgrime que los agravios expuestos comportan una situación de gravedad institucional, toda vez que el decisorio en crisis anularía las facultades propias de la Dirección Nacional de Migraciones, cuya función primordial y específica es controlar la admisión, el ingreso y la permanencia de los extranjeros en el territorio nacional.

–III–

El recurso extraordinario ha sido bien concedido pues se encuentra en tela de juicio la interpretación y aplicación de una norma federal — ley 25.871— y la decisión de la alzada ha sido contraria al derecho que el apelante fundó en ella (art. 14, inc. 3, ley 48, Fallos: 330:4554, “Zhang”).

En cuanto a las críticas vinculadas con la doctrina de arbitrariedad de sentencias, cabe recordar que la Corte Suprema ha establecido que si el auto de concesión circunscribió la admisibilidad de la apelación a la cuestión federal y el recurrente no interpuso queja con relación a la arbitrariedad, no cabe tratar ese planteo (Fallos: 317:1342, "Ré"; Fallos: 319:288, "Falvella"; dictamen de la Procuración General de la Nación al que remitió la Corte Suprema en Fallos: 329:3470, "Transportadora del Gas del Norte", entre otros).

-IV-

La cuestión federal planteada en el *sub lite* reside en determinar si la decisión de la administración de declarar la irregularidad de la permanencia en el país de Zoyla Cristina Barrios Rojas y rechazar la aplicación de la dispensa por razones de reunificación familiar, prevista en el último párrafo del artículo 29 de la ley 25.871, se ajustó a los parámetros legales y constitucionales. En mi opinión, esa dispensa ha sido mal denegada por la administración.

Ante todo, cabe señalar que mediante la disposición 184763/09 la Dirección Nacional de Migraciones denegó la solicitud de residencia en el país de Zoyla Cristina Barrios Rojas, declaró irregular su permanencia en el país, ordenó su expulsión y prohibió su reingreso por el término de quince (15) años, por hallarse inmersa en los impedimentos contemplados en el artículo 29, inciso c, de la Ley de Migraciones 25.871 (25/27, expte. adm. 2091169/2006). Frente a ello, la actora interpuso recurso de reconsideración conalzada en subsidio, en el que solicitó no ser expulsada del país, por razones de unidad familiar, pues relató que su pareja, madre, hermanos, hijo y uno de sus nietos residían en Argentina y que sus nietas más pequeñas y sus sobrinos eran nacionales argentinos (fs. 37/40 y 92/93, expte. adm. cit.). Mediante providencia del 21 de julio de 2009, el Director General de Inmigración decidió no propiciar la dispensa prevista en el artículo 29 *in fine* de la ley 25.871 y, sobre esta base, se

rechazaron el recurso de reconsideración —disposición DNM 262/10— y el de alzada —resolución del Ministerio del Interior 561/11— incoados por la interesada (fs. 72, 76/79 y 106/108, expte. adm. cit.).

A fin de examinar la cuestión controvertida, corresponde inicialmente recordar que la Corte Suprema destacó la importancia central que tiene la unidad familiar en la actual legislación migratoria. En primer término, porque el derecho a la reunificación familiar constituye una finalidad explícita de la Ley de Migraciones 25.871 (artículo 3, inc. *d*), cuyo ejercicio se encuentra expresamente garantizado a los migrantes por el Estado (art. 10). En segundo término, por la competencia que se le otorga a la autoridad de aplicación para admitir excepcionalmente, en razón de tal derecho, a extranjeros que se encuentren comprendidos en algunas de las causales que obstan a su ingreso (Fallos: 330:4554, “Zhang”, considerando 8).

A ello, cabe agregar que “la unidad familiar es causal de dispensa (arts. 29, último párrafo, y 62, última parte) y resulta, en ciertos casos, un impedimento para la expulsión del migrante (art. 70)” (dictamen de esta Procuración en la causa S.C. FMP 81048271/2009/CS1, “Z., Peili c/ Dirección Nacional de Migraciones s/ Amparo ley 16.986”, 27 de abril de 2016, y su cita).

A su vez, en los considerandos del decreto 616/2010, reglamentario de la Ley de Migraciones, se manifiesta la necesidad de “incorporar principios internacionalmente reconocidos hacia las personas de los migrantes, como ser los que garantizan el ejercicio del derecho a la reunificación familiar”. En este sentido, su artículo 10 estipula que se adoptarán las medidas necesarias para asegurar el ejercicio del derecho a la reunificación familiar con los alcances previstos en la Convención Internacional sobre la Protección de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familias.

El artículo 44 de esa Convención prevé que “[l]os Estados Partes, reconociendo que la familia es el grupo básico natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a protección por parte de la sociedad y del Estado, adoptarán las medidas apropiadas para asegurar la protección de la unidad de la familia del trabajador migratorio”.

Tal como manifesté en oportunidad de dictaminar en la causa ya citada “Z., Peili”, el derecho a la unidad familiar en el contexto migratorio ha sido reconocido como una manifestación del derecho más amplio a la protección de la familia, consagrado en el artículo 14 *bis* de la Constitución Nacional y en diversos instrumentos internacionales que integran el bloque de constitucionalidad (arts. 10, inc. 1, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; 9, inc. 1, Convención sobre los Derechos del Niño; y 17, incs. 1 y 11, inc. 2, Convención Americana sobre Derechos Humanos).

Del referido marco normativo surge que la legislación migratoria brinda una significativa tutela a la protección de la vida familiar, que determina tanto obligaciones positivas del Estado dirigidas a proteger razonablemente la unidad de la familia en el contexto migratorio, como obligaciones negativas a fin de evitar actos de la administración que puedan ocasionar una injerencia arbitraria o abusiva en la vida familiar por razones migratorias.

En línea con ello, la facultad de la Dirección Nacional de Migraciones de otorgar la dispensa por razones de unidad familiar, consagrada en el párrafo final del artículo 29 de la ley 25.871, aun cuando pueda ser dictada en el ejercicio de facultades discrecionales, debe ejercerse de manera legítima y razonable, con estricto apego a la finalidad pública perseguida a través de la expulsión, y con cumplimiento de las obligaciones referidas.

En efecto, el ejercicio de esa facultad administrativa debe respetar el principio básico de razonabilidad que corresponde a toda decisión de las autoridades públicas (dictamen de esta Procuración a cuyos fundamentos se remitió la Corte Suprema en Fallos 331:735, “Schnaiderman”), lo que implica que el acto administrativo debe satisfacer un fin público, y guardar proporcionalidad entre el medio empleado y el fin perseguido (Fallos: 329:3617, “Spinosa Melo”, considerando 7°; 330:3853, “R.A.D”, voto del Dr. Maqueda, considerando 13).

Específicamente en materia de extranjeros, desde antaño la Corte Suprema tiene dicho que por amplias que sean las facultades de la administración, ello no obsta al examen de razonabilidad de la decisión administrativa, cuando puede afectar derechos de raíz constitucional, en virtud de que su ejercicio no puede ser absoluto ni discrecional. Si ello ocurre, es misión de los jueces acordar a esos derechos la correspondiente tutela (doctrina de Fallos: 268:393, “Argüello”, considerando 6 y dictamen de esta Procuración en la causa S.C. FMP 8104827112009/CS1, “Z., Peili”, cit., 27 de abril de 2016).

Bajo ese prisma, con el objeto de alcanzar un balance adecuado de los intereses en juego, el examen de razonabilidad del ejercicio de esa facultad en la esfera migratoria, debe ponderar, por un lado, la legitimidad y relevancia de los fines que persigue la administración a través de la orden de expulsión, y por otro lado, los eventuales perjuicios que la expulsión puede ocasionar en la vida de relación y en el vínculo familiar del migrante, en atención a la naturaleza y conformación de ese vínculo.

En tal sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) señala que “...aunque el Estado indudablemente tiene el derecho y el deber de mantener el orden público a través del control del ingreso, la residencia y la expulsión de extranjeros, ese derecho debe equilibrarse en relación al perjuicio que se puede causar a los derechos de las personas involucradas en el

caso particular...”. Asimismo, expresa que “...en los casos en que la toma de decisiones implica la potencial separación de una familia, la resultante interferencia en la vida familiar puede justificarse solamente cuando es necesaria para satisfacer una necesidad apremiante de proteger el orden público y cuando los medios son proporcionales al fin. La aplicación de estos criterios por parte de varios órganos de supervisión de los derechos humanos indica que se debe buscar este equilibrio caso por caso y que las razones que justifiquen la interferencia en la vida familiar deben realmente ser muy serias...” (CIDH, “Informe sobre la situación de los derechos humanos de los solicitantes de asilo en el marco del sistema canadiense de determinación de la condición de refugiado”, 28 de febrero de 2000, párr. 166; en sentido similar, Informe 8110, Caso 12.562, *Wayne Smith, Hugo Armendariz, y otros c. Estados Unidos*, 12 de julio de 2010, párr. 58).

En consonancia con ello, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), sostiene que la expulsión o deportación de una persona de un país en donde residen sus familiares cercanos puede suponer una violación del derecho a la vida familiar y que, en tanto una deportación puede interferir en ese derecho, la medida deberá ser necesaria en una sociedad democrática, es decir, justificada por una ingente necesidad social y proporcional al objetivo legítimo que se persigue. Sólo cuando la medida reúna todos estos requisitos se entenderá que es legal, proporcional y no arbitraria (TEDH, *C. vs. Bélgica*, sentencia del 7 de agosto de 1996, N° 21794/93, párr. 31; TEDH, *Beldjoudi vs. Francia*, sentencia de 26 de marzo de 1992, N° 12083/86, párr. 74; TEDH, *Nasri vs. Francia*, sentencia de 13 de julio de 1995, N° 19465/92, párr. 41; TEDH, *Boujaïdi vs. Francia*, sentencia del 26 de septiembre 1997, N° 25613/94, párr. 39).

Por su parte, en el citado caso “Wayne Smith”, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, de acuerdo con la jurisprudencia del

Tribunal Europeo y del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, señaló que, para realizar esa evaluación, debe considerarse: la edad en que el migrante emigró al Estado recipiente; el tiempo de residencia en el país recipiente; sus vínculos familiares en el Estado recipiente; el alcance de las penurias que constituye la deportación para su familia en el Estado recipiente; sus contribuciones sociales; el alcance de sus vínculos en su país de origen; el carácter y severidad del delito o delitos cometidos; la edad en el momento que cometió el delito; el período transcurrido desde que tuvo actividad delincuencia y las pruebas de su rehabilitación con respecto a su actividad criminal (CIDH, Informe 8110, Caso 12.562, *Wayne Smith, Hugo Armendariz, y otros Estados Unidos*, cit., párr. 54).

En línea con los referidos principios constitucionales y estándares internacionales, entiendo que, en el *sub lite*, la cámara efectuó un apropiado examen de los fines que orientan la ley de migraciones y el interés legítimo del Estado de promover el orden internacional y la justicia —denegando el ingreso y/o la permanencia en el territorio argentino a personas involucradas en actos reprimidos penalmente por nuestra legislación (artículo 3 inc. j)— así como de las obligaciones del Estado de garantizar la protección del derecho a la unidad familiar (artículo 3, inc. d), y asegurar la reunificación familiar de los migrantes con sus padres, cónyuges, hijos solteros menores o hijos mayores con capacidades diferentes (artículo 10). El tribunal ponderó la gravedad de los delitos que configuran el impedimento de permanencia en el país, los años sucedidos desde el primer ingreso de Barrios Rojas a la Argentina el 26 de marzo de 1994, el tiempo transcurrido desde el cumplimiento de la condena —cuyo vencimiento operó el 9 de octubre de 2002—, su posterior reinserción laboral y los lazos familiares en el país —madre, hermanos y sobrinos—, y en particular, su matrimonio con un argentino naturalizado (fs. 38/39, 81/89, 95/97, 213/219, 282/298, 305 y 314/319,

expte. principal; fs 12 y 25 del expte. adm. cit). En base al examen de esos elementos entendió que la decisión de la administración no se ajustaba a los preceptos constitucionales y legales propios de la materia.

En suma, en consonancia con lo decidido por el *a quo*, entiendo que en función de las garantías constitucionales en juego y a las probanzas de la causa, en el *sub lite*, la dispensa prevista en el artículo 29, último párrafo, de la ley 25.871 ha sido mal denegada por la administración, por lo que la resolución del Ministerio del Interior 561/2011, que confirmó la medida de expulsión, debe ser anulada.

-V-

Por todo lo expuesto, corresponde rechazar el recurso extraordinario interpuesto, y confirmar la sentencia recurrida.

Buenos Aires, *26* de septiembre de 2017.

ES COPIA

VÍCTOR ABRAMOVICH


MARIANA N. MARCHISIO
Subsecretaria Administrativa
Procuración General de la Nación