Corte Suprema de Justicia de la Nación

Buenos Aires, 6 de agosto de 2024

Vistos los autos: "Baz Barboza, Claudio Marcelo c/ EN - M Interior OPyV - DNM s/ recurso directo DNM".

Considerando:

Que el recurso extraordinario no rebate todos y cada uno de los fundamentos de la sentencia apelada.

Por ello, habiendo dictaminado la señora Procuradora Fiscal y tomado intervención el señor Defensor General Adjunto de la Nación, se lo desestima. Con costas. Notifíquese y devuélvase.

DISIDENCIA DEL SEÑOR VICEPRESIDENTE DOCTOR DON CARLOS FERNANDO ROSENKRANTZ

Considerando que:

1°) Mediante la disposición SDX 25057/2013 el Subdirector Nacional de Migraciones canceló la residencia permanente otorgada el 25 de marzo de 1993 a Claudio Marcelo Baz Barboza —migrante de nacionalidad uruguaya—, declaró irregular su permanencia en el país, dispuso su expulsión del territorio nacional y prohibió su reingreso por el término de quince años (conf. fs. 50/53 del expediente DX n° 809510/2005, acompañado en copia certificada).

Para ello, tuvo en cuenta que el 9 de mayo de 2007 el Tribunal Oral en lo Criminal n° 7 condenó al actor a la pena única de tres años y seis meses de prisión, comprensiva de dos delitos diferentes: a) tentativa de robo en dos oportunidades; y b) robo agravado por efracción que anteriormente había dado lugar a la suspensión del juicio a prueba. Por lo tanto, consideró que la situación encuadraba en lo dispuesto en los artículos 29, inciso c, y 62, inciso b, de la ley 25.871.

2°) El actor, representado por la Comisión del Migrante de la Defensoría General de la Nación, cuestionó la disposición mediante recurso de reconsideración con jerárquico en subsidio. Entre otras razones, argumentó que resultaba inaplicable al caso lo dispuesto en el artículo 29, inciso c, de la ley 25.871 en atención a que se trataba de un residente permanente. También invocó el derecho de reunificación familiar y el interés superior del niño por ser padre de un menor nacido en el país. En una presentación posterior, denunció ser portador de HIV y beneficiario de una pensión por invalidez (conf. fs. 82/105 de las actuaciones citadas).

3°) El 26 de septiembre de 2017, mediante disposición SDX n° 188977, el Director Nacional de Migraciones rechazó el recurso planteado por el actor. A tales efectos, tuvo en cuenta dos nuevas condenas penales que no habían sido consideradas anteriormente: a) a la pena de un año y seis meses de prisión impuesta el 31 de marzo de 2015 por el Tribunal Oral en lo Criminal n° 13 por el delito de hurto simple en grado de tentativa, reiterado en tres oportunidades en concurso real con el de lesiones agravadas por género, y b) a la pena de dos años de prisión impuesta el 6 de julio de 2015 por el Tribunal Oral en lo Criminal n° 26 por el delito de hurto agravado por haber sido cometido con escalamiento. Respecto de las alegaciones del actor fundadas en su situación familiar y en su estado de salud, consideró que *"la naturaleza de los delitos por los que fue condenado, obsta la revisión del temperamento oportunamente adoptado"* (conf. fs. 129/132 del expediente administrativo citado).

Frente a ello, el actor planteó el recurso judicial previsto en la ley 25.871, en el que pidió la intervención de la Defensoría Pública Oficial de Menores e Incapaces en representación de su hijo argentino menor de edad, que se concretó según surge de las constancias de fs. 64/66 de las actuaciones judiciales. El juez de primera instancia rechazó el mencionado recurso, decisión que fue apelada por el propio migrante y por el Defensor Público Oficial.

4°) La Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal declaró mal concedida la apelación del Defensor Público Oficial y rechazó la planteada por el migrante.

Para así decidir, consideró que el hijo menor del migrante no tenía legitimación para recurrir la sentencia de

grado por considerar que no reviste *per se* la condición de parte del proceso.

En cuanto al recurso del actor, sostuvo que su situación estaba comprendida en el artículo 62, inciso b, de la ley 25.871 en tanto existió una conducta reiterante en la comisión de delitos. Desestimó el agravio referido a la dispensa por reunificación familiar sobre la base de lo expresado en un precedente en el que esa misma sala había afirmado que, de acuerdo con los términos del artículo 62 *in fine* de la ley migratoria, resulta facultativo para la Dirección Nacional de Migraciones su aplicación dependiendo de cada caso en particular y que en este expediente la autoridad de aplicación justificó expresamente por qué motivos no procedía. En cuanto a la dispensa por razones humanitarias pedida por el actor en función de su enfermedad, consideró que tales razones no fueron establecidas a favor de migrantes con residencia permanente en el país sino para los extranjeros que ingresan al país en situaciones de manifiesta vulnerabilidad. Finalmente, con remisión a otro precedente del propio tribunal, desestimó el agravio fundado en el interés superior del niño y su derecho a vivir junto con su progenitor, por considerar que se encuentran amparados en el derecho de reunificación familiar regulado en la ley migratoria.

5°) Tanto el migrante como el Defensor Público Oficial plantearon recursos extraordinarios contra la sentencia definitiva. La cámara concedió el recurso del actor únicamente en lo relativo a la cuestión federal planteada y denegó el planteado por la representación de su hijo, lo cual dio lugar a la presentación de una queja (expediente CAF 77546/2017/2/RH1).

En lo principal, el migrante cuestiona la interpretación de la dispensa por reunificación familiar

realizada por la cámara. Sostiene que en los casos de residencia permanente como el suyo, contemplados en el artículo 62 *in fine* de la ley 25.871, *"la regla es el otorgamiento de la dispensa en los casos como el aquí analizado, donde la persona migrante resulta padre de nacionales argentinos y la excepción es su no otorgamiento"*. En cuanto al planteo fundado en razones humanitarias, afirma que el razonamiento de la cámara no encuentra fundamento en el texto de la ley y resulta irrazonable pues *"colocaría al máximo estatus migratorio como el residente permanente en peor situación en cuanto a sus derechos que el residente temporario o una persona en situación irregular"*. Manifiesta, finalmente, que la cámara omitió tomar en cuenta el interés superior del niño y solicita la intervención del Defensor Oficial ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación en representación de este último.

6°) El 30 de junio de 2021 el señor Defensor General Adjunto contestó la vista conferida por el Tribunal y pidió la revocación de la sentencia apelada.

7°) En lo que respecta al agravio fundado en el derecho de reunificación familiar el recurso extraordinario ha sido bien concedido pues se encuentra en tela de juicio la interpretación de una norma federal (artículos 62 y concordantes de la ley 25.871) y la decisión de la cámara resulta contraria a la pretensión que el actor fundó en ella (conf. artículo 14, inciso 3°, de la ley 48).

Al encontrarse en discusión el alcance que cabe asignar a normas de derecho federal, la Corte no se encuentra limitada en su decisión por los argumentos de las partes o de

la cámara, sino que le incumbe realizar una declaración sobre el punto disputado (Fallos: 311:2553; 314:529; 316:27; 321:861, entre muchos otros).

8°) La cuestión a resolver en esta instancia se refiere a la interpretación del alcance del derecho de reunificación familiar previsto en el artículo 62 de la ley 25.871, en un caso en el que el migrante afectado por una orden de expulsión es residente permanente en el país y tiene un hijo argentino. La solución de esta controversia requiere, entonces, determinar si la decisión por la que se desestimó el pedido de dispensa por razones de reunificación familiar formulado por el actor implicó el ejercicio regular de las prerrogativas otorgadas a la autoridad administrativa en esta materia.

9°) La ley 25.871, sancionada en el año 2003, derogó la ley de facto 22.439 y fijó una nueva política migratoria para nuestro país.

Los objetivos del nuevo ordenamiento fueron explicitados en el texto de la propia ley. Por un lado, en lo que a este caso interesa, se eliminaron criterios potencialmente discriminatorios para la admisión de extranjeros y se determinaron una serie de impedimentos de carácter objetivo para su ingreso y permanencia en el país (artículos 3°, inciso f, 29 y 62 de la ley). Por el otro, el legislador procuró garantizar el derecho a la reunificación familiar, precisando que el vínculo protegido por este derecho alcanza a los padres, cónyuges, hijos solteros menores o hijos mayores con discapacidad del migrante (artículos 3°, inciso d, y 10, de la ley).

10) En su redacción actual, la ley 25.871 fija reglas diversas para la concesión del derecho de reunificación de acuerdo con las circunstancias de cada caso. Esas reglas

otorgan diferentes facultades a la autoridad migratoria a la hora de evaluar un pedido de dispensa fundado en las circunstancias familiares del migrante.

En primer lugar, respecto de los extranjeros alcanzados por alguna de las causales de expulsión enumeradas en la norma, el artículo 29 *in fine* establece que la autoridad migratoria *"**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"* (énfasis agregado).

En segundo lugar, el artículo 62, anteúltimo párrafo, para los supuestos de cancelación de la residencia otorgada previamente por la autoridad migratoria dispone, en lo que aquí importa, que el Ministerio del Interior ***"dispensará"*** el cumplimiento de dicha cancelación *"cuando el extranjero fuese padre, hijo o cónyuge de argentino, salvo decisión debidamente fundada por parte de la autoridad migratoria"*. El párrafo siguiente del artículo señala que la referida dispensa también "***podrá** ser otorgada teniendo en cuenta el plazo de permanencia, legal inmediata anterior a la ocurrencia de alguna de las causales previstas en los incisos a) a d) del presente artículo, el que no podrá ser inferior a dos (2) años, debiendo tenerse en cuenta las circunstancias personales y sociales del beneficiario"* (sic. énfasis agregado).

11) En el precedente "Barrios Rojas" (Fallos: 343 :990), en el que la actora no tenía una residencia otorgada en los términos del artículo 22 de la ley 25.871 y había incurrido en la causal de expulsión prevista en el artículo 29, inciso c, de la ley citada, esta Corte delimitó la interpretación de la

dispensa por reunificación familiar prevista en la parte final de este artículo. Concretamente, señaló que en el artículo 29 de la ley el legislador fijó supuestos específicos que obstan el ingreso o permanencia de extranjeros en el país y, frente a esa regla general, facultó a la Dirección Nacional de Migraciones, solo por razones humanitarias o de reunificación familiar, a dispensar excepcionalmente su aplicación de modo fundado. Sobre esa base, destacó que las razones de reunificación familiar o humanitarias resultan una excepción a la regla legal que manda a expulsar a los migrantes que incurren en alguna de las causales previstas en la norma y, por lo tanto, deben ser interpretadas de modo restrictivo (confr. considerandos 10 y 11 de mi voto conjunto con la jueza Highton de Nolasco; 10 y 11 del voto de los jueces Maqueda y Lorenzetti y 8° y 13 del voto del juez Rosatti).

Esta doctrina fue complementada en la causa "Otoya Piedra" (Fallos: 344:3600), que también involucraba a un migrante con residencia precaria. Allí, la Corte consideró que el rechazo de la dispensa por reunificación familiar fundado, al igual que en este caso, en la entidad y gravedad del delito por el que había sido condenado el migrante, fue adoptada dentro del ámbito de valoración que la ley atribuye a la autoridad de aplicación y por lo tanto cumplía con el requisito de motivación requerido para los actos administrativos (considerando 9° del pronunciamiento mayoritario; en sentido similar, considerando 5° de mi voto).

12) Ahora bien, a diferencia de lo que sucedía en los precedentes citados, el aquí actor goza del estatus de residente permanente en el país en virtud de la decisión adoptada por la Administración el 25 de marzo de 1993 cuando tenía ocho años de edad (ver fs. 1/2 del expediente SDX n°

544480/1993, cuya copia fue acompañada a las actuaciones). Sumado a ello, es progenitor de un niño argentino nacido el 11 de diciembre de 2009 (ver copia del documento nacional de identidad obrante a fs. 89 del principal). Por lo tanto, la pretensión del migrante fundada en la citada relación de parentesco debe ser encuadrada en las previsiones del artículo 62 de la ley migratoria, que regula la dispensa fundada en vínculos familiares de un modo diferente al que corresponde para la generalidad de los casos alcanzados por la parte final del artículo 29.

Es importante señalar que la situación migratoria del actor no es precaria, tiene estabilidad y se encuentra sujeta a un régimen de revocación especial que no resulta aplicable a la expulsión de migrantes que tienen una residencia precaria (conf. Fallos: 343:1434, "Rodríguez Buela"). En tal sentido la Corte ha dicho que el carácter de residente permanente no se adquiere en forma automática por el mero vínculo familiar con los ciudadanos argentinos mencionados en el artículo 22 de la ley 25.871 sino que requiere del dictado de un acto administrativo expreso, tal como se verificó en la causa (conf. "Fúnez López, Charles", Fallos: 345:1086). El dictado de ese acto administrativo regular es el que justifica que el caso deba ser resuelto a la luz de lo dispuesto en el artículo 62 de la ley 25.871.

13) El artículo citado prevé dos supuestos de dispensa de la expulsión para el caso de los migrantes con residencia otorgada por la autoridad administrativa: vínculo familiar del migrante con ciudadanos argentinos (anteúltimo párrafo), y tiempo de duración de la residencia del migrante (último párrafo). En el primer supuesto, la norma utiliza lenguaje imperativo para delimitar la competencia de la

autoridad administrativa que debe analizar el pedido de dispensa del migrante ("dispensará"). En cambio, en el segundo supuesto su otorgamiento resulta facultativo para esa autoridad ("podrá ser otorgada").

La situación del actor resulta subsumible en el anteúltimo párrafo del artículo 62 toda vez que la dispensa solicitada al recurrir la orden de expulsión se funda en el vínculo familiar con un ciudadano argentino (su propio hijo menor de edad).

14) Según surge de los precedentes citados, de una innumerable cantidad de causas que han tramitado ante el Tribunal y de las constancias obrantes en este expediente, invariablemente la Administración rechaza los planteos de reunificación familiar de migrantes expulsados por la comisión de delitos con un mismo y único argumento: la naturaleza del delito que configura la causal de expulsión. No examina ni pondera el estatus migratorio del interesado ni la existencia de sus vínculos familiares con ciudadanos argentinos. Tampoco explicita en qué consiste la "naturaleza del delito" que sustenta el rechazo de los planteos de reunificación.

Tal solución, que en principio resulta válida en los casos regidos por el artículo 29 de la ley 25.871 de acuerdo con lo resuelto en "Barrios Rojas" y "Otoya Piedra", no es extrapolable al supuesto del anteúltimo párrafo del artículo 62. En esta norma, el legislador ha invertido la regla fijada en la parte final del artículo 29 de la ley 25.871, sobre la cual se pronunció la Corte en los precedentes citados. De acuerdo con el texto el artículo 62, frente a la acreditación de un vínculo familiar como el que se ha invocado en este caso, la Administración "dispensará" el cumplimiento de la cancelación de la residencia otorgada salvo "resolución

debidamente fundada". Dada la claridad del lenguaje imperativo utilizado por el legislador, no cabe sino entender que el otorgamiento de la dispensa es la regla y su rechazo excepcional. Esta conclusión resulta consistente con la reiterada jurisprudencia de esta Corte que sostiene que *"(e)l primer método de interpretación al que debe acudir el juez es el literal, conforme al cual debe atenderse a las palabras de la ley"* (Fallos: 345:533 y sus citas).

15) Es cierto que la norma aplicable, al facultar a la Administración a rechazar la dispensa por razones fundadas, otorga un margen de discrecionalidad a la hora de considerar la petición formulada por residentes permanentes o temporarios que tienen familiares argentinos.

Ahora bien, es importante recordar que la discrecionalidad administrativa nace del ordenamiento jurídico y su ejercicio puede ser revisado judicialmente a través de los elementos reglados del acto. No implica en absoluto que los órganos estatales tengan un ámbito de actuación desvinculado de la ley o que aquella no resulte fiscalizable (Fallos: 315:1361, "Consejo de Presidencia"). Como lo expuso la Corte en ese precedente, *"aun en aquellos actos en los que se admite un núcleo de libertad no puede desconocerse una periferia de derecho toda vez que la discrecionalidad otorgada a los entes administrativos no implica el conferirles el poder para girar los pulgares para abajo o para arriba, en tanto ello llevaría a consagrar (…) una verdadera patente de corso en favor de los despachos administrativos"* (considerando 8° y sus citas).

Por otro lado, la discrecionalidad que otorga el artículo 62 de la ley 25.871 no habilita a la Administración a soslayar la clara previsión legal que determina que la regla es

que debe admitirse el pedido y que su rechazo requiere debida fundamentación. El margen de valoración reconocido por el legislador para rechazar el planteo se encuentra acotado por la regla legal, conclusión que resulta consistente con el criterio interpretativo sostenido reiteradamente por la Corte, según el cual las excepciones a un determinado régimen deban ser aplicadas con criterio restrictivo (Fallos: 302:1116; 306:467; 314:1027; 316:1754; 318:1226 y 343:990).

16) Sobre tales bases, la regularidad de la decisión adoptada por la autoridad migratoria respecto del pedido de dispensa del migrante requiere examinar si el acto estuvo motivado a la luz de la regla fijada en la norma especial, requisito exigido con carácter general para los actos administrativos por el artículo 7°, inciso e, de la ley 19.549.

Tal como se dijo más arriba, la naturaleza del delito es esgrimida genéricamente por la Administración en todos los casos para rechazar las dispensas por reunificación familiar, sin importar el estatus migratorio del extranjero, los vínculos familiares con ciudadanos argentinos o bien el tipo penal por el cual el migrante fue condenado. Esto mismo sucede en autos en donde no se ha dado una explicación que permita saber qué particularidad presenta la situación del actor o cuál sería concretamente la naturaleza de los delitos cometidos que justifique rechazar la dispensa fundada en el hecho de que es progenitor de un menor nacido en el país.

Ahora bien, es evidente que la debida fundamentación que requiere el rechazo de la dispensa efectuada por un residente permanente es diferente a la que debe observase en los casos en los cuales el migrante se encuentra en una situación migratoria precaria. Esta conclusión se ajusta a lo resuelto por la Corte en el precedente “Rodríguez Buela”, ya

citado, en el que se decidió que el régimen de cancelación de la residencia permanente o temporaria regulada en el artículo 62 de la ley migratoria no resultaba aplicable a los residentes precarios. En tal sentido, cabe destacar que al momento de fijar las causales de expulsión en el inciso b del artículo 62, que por regla resultan mucho más acotadas que las previstas para la generalidad de los casos en el artículo 29, el legislador ha examinado cuáles son los delitos que justifican la expulsión. Concretamente, en el caso de los residentes se requiere condena judicial por delito doloso con pena privativa de libertad mayor a cinco años o conducta reiterante en la comisión de delitos. Es decir que la norma aplicable ya ha determinado cuáles son las conductas típicas que por su entidad justifican la medida expulsiva. En otras palabras, si la regla que fija la norma es que la expulsión causada en una determinada conducta penal no da lugar a la expulsión del migrante cuando cuenta con residencia permanente y familia argentina, la excepción no se puede configurar invocando meramente la existencia de esa misma conducta penal.

De modo tal que la simple y genérica alusión de la gravedad o naturaleza del delito que da lugar a la expulsión para justificar el rechazo de la dispensa prevista en el anteúltimo párrafo del artículo 62 de la ley 25.871 resulta insuficiente para cumplir con la fundamentación exigida por la norma.

17) En definitiva, la circunstancia de que la entidad administrativa obrare en ejercicio de facultades parcialmente discrecionales no puede constituir un justificativo de su conducta arbitraria. En especial, no permite soslayar los recaudos que, para el dictado de todo acto administrativo, exige la ley 19.549. Máxime en un caso como el

de autos en el que la norma especial aplicable establece que el rechazo del planteo del actor es la excepción a la regla de la dispensa y exige que cuente con debida fundamentación.

La razonabilidad con que se ejercen tales facultades es el principio que otorga validez a los actos de los órganos del Estado y que permite a los jueces, ante planteos concretos de parte interesada, verificar el cumplimiento de dicha exigencia (Fallos: 313:153, "Ducilo" y sus citas, entre otros). En el caso concreto, la exigencia de una justificación razonada y genuina para decidir el rechazo de la dispensa persigue, después de todo, que las razones ofrecidas por la Administración puedan ser controladas por la parte interesada y por los tribunales a los cuales la ley migratoria encomienda la revisión de esa actuación.

18) Lo expuesto en los párrafos anteriores justifica la revocación de la sentencia recurrida y torna innecesario el tratamiento de los restantes agravios planteados por el actor.

Esta solución no implica, en modo alguno, sustituir las facultades propias de la Administración en materia migratoria ni adentrarse en el examen de las razones de oportunidad, mérito o conveniencia que pueden invocarse para ejercer la competencia fijada en el artículo 62 de la ley 25.871. Simplemente se ha examinado la legalidad de la actuación administrativa a la luz de las concretas disposiciones aplicables al caso, lo cual es una de las atribuciones básicas de las que se encuentra investido el Poder Judicial en el sistema de división de poderes.

Por ello, oída la señora Procuradora Fiscal, se hace lugar al recurso extraordinario planteado por el actor y se revoca la sentencia apelada. Con costas. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponde, se dicte nuevo

pronunciamiento con arreglo a lo decidido en la presente. Notifíquese y devuélvase.

Firmado Digitalmente por ROSATTI Horacio Daniel

Firmado Digitalmente por ROSENKRANTZ Carlos Fernando

Firmado Digitalmente por MAQUEDA Juan Carlos

Firmado Digitalmente por LORENZETTI Ricardo Luis

Recurso extraordinario interpuesto por **Claudio Marcelo Baz Barboza**, representado por el **Dr. César Augusto Balaguer, Defensor Público Oficial.**

Traslado contestado por la **Dirección Nacional de Migraciones**, representada por el **Dr. Luis Alejandro Guasti.**

Tribunal de origen: **Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala IV.**

Tribunal que intervino con anterioridad: **Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal n° 6.**