



Poder Judicial de la Nación
CAMARA FEDERAL DE SALTA

**“CERRUTO BALERIANO C/MINISTERIO
DEL INTERIOR DE LA NACION – DIRECCION
NACIONAL DE MIGRACIONES S/AMPARO LEY
16.986”**

- EXPTE. N° FSA 5590/2014 –
JUZGADO FEDERAL DE SALTA N° 2

//ta 13 de marzo de 2015.-

VISTO Y CONSIDERANDO:

I.- Que el señor Defensor Público Oficial *ad hoc* de Baleriano Cerruto interpuso recurso de apelación (fs. 80/85) en contra de la resolución de fecha 31 de octubre de 2014 (fs. 75/79) por la que el Juez de la instancia anterior rechazó la acción de amparo.

Para resolver de ese modo el *a quo* tuvo en cuenta que el acto administrativo de expulsión de la señora María Cruz Peñaloza Rice ya había sido recurrido alcanzándose en los términos del art. 84 de la ley 25.871 resolución por parte del Juzgado Federal de Salta N° 2, decisorio que quedó firme por haber declarado desierto esta Cámara el recurso de apelación articulado en su contra, resultando, por ello, improcedente que terceros -como el aquí actor- invoquen la afectación que les provoca el mismo acto administrativo para continuar discutiéndolo, pues de consentirse este accionar nunca podría obtenerse un pronunciamiento definitivo acerca de una cuestión y podría incurrirse en sentencias contradictorias.

Seguidamente expuso que en el presente caso y de conformidad con el art. 17 de la ley 16.986 debía analizarse la concurrencia de la excepción de cosa juzgada, pues si bien el art. 16 de ese cuerpo legal impedía articular cuestiones previas, nada impedía a que se la considere al momento de resolver el fondo de la cuestión.



Poder Judicial de la Nación
CAMARA FEDERAL DE SALTA

Bajo ese argumento consideró que el art. 347 inc. 6° del CPCCN establece que el examen integral de las dos contiendas debe demostrar que se trata del mismo asunto sometido a decisión judicial o que por existir continencia, conexidad, accesoriedad o subsidiariedad, la sentencia firme ya resolvió lo que constituye la materia o pretensión del nuevo juicio que se promueve, circunstancias que estimó concurrían en el caso.

Asimismo recordó que la acción de amparo no constituye un remedio eficaz para dejar sin efecto una decisión de autoridad competente, ni faculta a los jueces a sustituir los trámites y requisitos previamente instituidos, principios doctrinarios que entendió aplicables en el caso donde la cuestión fue resuelta por un procedimiento judicial anterior en el que las partes ejercieron debidamente su derecho de defensa o al menos tuvieron la oportunidad de hacerlo y tal decisión quedó firme.

II.- En el memorial de apelación agregado a fs. 80/85, el recurrente se agravió sustancialmente al considerar que si bien resulta cierto que la señora Peñaloza Rice fue condenada en setiembre de 1998 a la pena de seis años y cinco meses de prisión resultando esta una causal de expulsión expresamente establecida en el art. 29 de la ley 25.871, tal norma no debe ser interpretada en forma aislada del resto del cuerpo normativo, resaltando en ese sentido los objetivos prioritarios establecidos por el art. 3 en sus diferentes incisos en relación a garantizar el ejercicio del derecho de reunificación familiar y la de promover y difundir las obligaciones, derechos y garantías de los migrantes, manteniendo en alto su tradición humanitaria y abierta con relación a los migrantes y su familia.

Enfatizó que la pretensión del presente amparo es la protección de los derechos del señor Cerruto y de su hijo Cerruto Peñaloza y de los otros tres hijos de la señora Peñaloza, todos de nacionalidad argentina, de estar con su esposa y madre respectivamente; es decir, la protección de todas las personas de nacionalidad argentina, pues



Poder Judicial de la Nación
CAMARA FEDERAL DE SALTA

son ellos los que se debaten entre soportar la partida del país por el lapso de cinco años de la señora Peñaloza o acompañarla en el extrañamiento con la consecuente pérdida del trabajo por parte del señor Cerruto.

Manifestó luego que las decisiones tomadas por la Dirección Nacional de Migraciones durante el procedimiento administrativo fueron puramente formales y en ningún momento trataron la difícil y traumática situación que arrojaba sobre los ciudadanos argentino la expulsión de la señora Peñaloza, cuestión que hacía conducente la aplicación del principio de descalificación procesal penal de Estado, que determina la cancelación del derecho de sancionar que fundamenta el poder punitivo de la fuerza estatal, en tanto no tuvo en cuenta derechos humanos fundamentales del aquí actor y de la señora Peñaloza al no haber asegurado el estándar mínimo del derecho de defensa en juicio ubicando a las personas involucradas en una posición de minusvalía jurídica.

Consideró que también concurre un supuesto de gravedad institucional en tanto la expulsión es abiertamente ilegítima generando un agravio que incumbe a la sociedad toda al haberse desnaturalizado en definitiva la función administrativo-jurisdiccional.

Por último enfatizó que no resulta de aplicación al caso el instituto de la cosa juzgada, en tanto no existe identidad en los sujetos accionantes, debiéndose considerar además -a su criterio- que el proceso anterior sólo hizo cosa juzgado en sentido formal, pues al haber variado el estado de cosas tenidas en cuenta al momento de decidir, también pueden ser modificadas las conclusiones a las que se arribó anteriormente.

Por todo ello solicitó se haga lugar al recurso y se acoja en su totalidad la acción de amparo. Hizo reserva de caso federal.

Corrido que fuera el pertinente traslado de ley, la contraria lo contestó con el escrito agregado a fs. 88/91, oportunidad en la que solicitó se declare desierto



Poder Judicial de la Nación
CAMARA FEDERAL DE SALTA

el recurso en los términos del art. 265 del CPCCN al no contener la expresión de agravios una crítica concreta y razonada de la decisión que se apela.

Subsidiariamente sostuvo que lo que debe tenerse en cuenta es que encontrándose acreditada la causal objetiva de expulsión, la dispensa excepcional establecida en el último párrafo del art. 29 de la ley 25.871 es una facultad privativa de la Dirección Nacional de Migraciones y ajena al control del órgano judicial competente limitado por ley a la legalidad, debido proceso y razonabilidad de acto motivo de impugnación de conformidad con lo establecido en el art. 84 del cuerpo legal citado, debiéndose por ello rechazar el recurso articulado.

III.- Ya en esta instancia se dio intervención al Señor Fiscal General en los términos de los arts. 37 inc. c) y 39 de la ley 24.946, quien a fs. 94/97 se pronunció por el rechazo del recurso.

IV.- Que ante todo cabe examinar si la vía del amparo resulta procedente para resolver la cuestión traída a análisis, partiendo de recordar cuál fue el objeto de la acción intentada.

En ese sentido, el señor Baleriano Cerruto interpuso acción de amparo a fin de que se impida la expulsión del territorio nacional de la señora María Cruz Peñaloza Rice de Cerruto, dispuesta por el Ministerio del Interior mediante Disposición N° 001128 con fecha 23 de mayo de 2012.

Para ello sostuvo que contrajo matrimonio con María Cruz Peñaloza de nacionalidad boliviana en el año 2002 y que tienen un hijo en común, razón por la que la presente acción se encuentra dirigida a proteger los derechos de las personas argentinas de mantener unida a la familia, pues cumpliendo su parte funciones en el Servicio Penitenciario de la provincia de Salta en la categoría de Sargento con 16 años de antigüedad no podría, sin la pérdida de la fuente laboral, acompañar a su señora en el extrañamiento.



Poder Judicial de la Nación
CAMARA FEDERAL DE SALTA

Recordó también que la sanción penal que se le impusiera a su esposa y que resultó el único fundamento de la expulsión, fue una condena dictada en el año 1998 y cumplida en su totalidad en febrero de 2004, resultando totalmente arbitrario e irrazonable ejecutar la medida diez años después, transformándose en una sanción que vulnera el art. 28 y la garantía establecida en el art. 14 *bis* de la Constitución Nacional que asegura la protección integral de la familia.

En ese sentido, estimó que el art. 6 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el art. 16.1.III de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el art. 17.1 del Pacto de San José de Costa Rica y el art. 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, le imponen al Estado un rol activo para concretar la consolidación y materialización de protección integral de la familia como uno de los derechos humanos fundamentales.

V.- Que atendiendo a las circunstancias descriptas, la idoneidad del carril procesal elegido por la actora habrá de determinarse relacionando, inescindiblemente, la situación fáctica traída a estudio, las circunstancias excepcionales y urgentes existentes a la hora de introducir la acción, la gravedad o irreparabilidad del daño invocado y la subsunción de dichos presupuestos, con los recaudos de admisibilidad y procedencia del amparo.

Sentado ello, corresponde partir de la base de que la garantía del debido proceso demanda evitar el “exceso ritual” que da prioridad a las formas en desmedro de su finalidad, que es buscar y realizar la justicia (Bidart Campos, Germán J., “Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino”, Ediar, Buenos Aires 1989, tº 1, pag. 467).

Las formas procesales, ha dicho la Corte Suprema, “tienden a proteger a los litigantes a fin de asegurar la mayor eficiencia y celeridad de las decisiones judiciales; y si para ello es indispensable remover los obstáculos que puedan encontrar los jueces para desempeñar eficazmente sus funciones, no caben interpretaciones que sólo conducen a



Poder Judicial de la Nación
CAMARA FEDERAL DE SALTA

atribuir más importancia a los medios que se instrumentan para alcanzar dicha finalidad, que ésta en sí misma” (Morello, “El Proceso Justo”, La Plata 1994, Lib. Editora Platense, p. 228, y “El Proceso Justo”, LL 1990-C-808, Capel CCSalta, Sala III, 3-3-05, “Vallejo c. Eckart”, tomo año 2005, p. 156; esta Cámara 3/12/2008 in re “Sureda, Ricardo José c PEN – Estado Nacional, Banco Francés y otro s/amparo – medida cautelar”, “Yudi Alberto c/Provincia de Buenos Aires y su organismo de recaudación s/amparo” del 24/05/11).

Por su parte, también es doctrina del Máximo Tribunal (Fallos: 300:1033), que la acción de amparo tiene por objeto una efectiva protección de derechos, más que una ordenación o resguardo de competencias (doctr. Fallos: 299:358, 417; 305:307; 307:444; 311:208; 320:1339 y 2711).

Es así que en el caso y a la luz de la doctrina apuntada, no se advierten razones que hagan improcedente el proceso intentado en tanto si bien, tal como lo sostuvo el Juez de la causa existe un acto administrativo que por haberse agotado su discusión tanto en esa sede como en la judicial quedó firme, también es cierto que el aquí actor como ciudadano argentino que formó una familia con una ciudadana extranjera con quien tuvo un hijo debe tener la posibilidad de ser oído, pues hallándose en juego derechos constitucionales de primer orden, la vía heroica del amparo tal y como lo ha reconocido la doctrina y la jurisprudencia, deviene idónea, máxime si como tiene dicho el Alto Tribunal, las características singulares que presenta el caso conlleva la obligación de los jueces de ponderar con mayor rigor la aplicación de los principios jurídicos pertinentes, a fin de no incurrir, con daño para la justicia, en una aplicación sólo mecánica de esos principios (Fallos: 238:550).

VI.- Sorteadas así, en este caso, las razones que obstarían a la habilitación de la vía, debe analizarse si la pretensión sustancial esgrimida por el actor puede ser acogida judicialmente.



Poder Judicial de la Nación
CAMARA FEDERAL DE SALTA

En ese sentido, existen un conjunto de derechos primordiales de la persona humana, cuya exigibilidad y las vías tutelares que se implementen hacen a su eficacia. Cuando hay normas formuladas en torno de ellos, el control y la judiciabilidad ayudan a imprimirles funcionamiento cuando el titular del derecho lo demanda (para asegurar el derecho, para reparar su violación, para mantenerlo o restablecerlo). Pero si no hay normas, podrá surgir en sede jurisdiccional la norma individual con similar alcance. Es así que las cuestiones referentes a los derechos del hombre necesitan de una u otra manera ser judiciables –o justiciables-, es decir, poder ingresar a conocimiento y decisión de la jurisdicción, para que ésta resuelva la pretensión a que el justiciable ha dado acceso mediante el ejercicio de su derecho a la jurisdicción que, no obstante su carácter instrumental, es uno de los derechos primordiales de la persona humana (confr. Bidart Campos, Germán, *Teoría General de los Derechos Humanos*; Astrea, Buenos Aires, 2006, pág. 59).

En ese marco, ha de diferenciarse la función que cumplen esos derechos primordiales reconocidos en una norma, con su finalidad. La función de los derechos primordiales es la de instalar al hombre en la comunidad en la que vive con un *status* satisfactorio para su dignidad de persona, mientras que su finalidad genérica es la de favorecer el desarrollo integral de la persona humana y potenciar todas las posibilidades derivadas de su condición.

Lo expuesto apareja como consecuencia inescindible un doble plano de situación: por un lado la limitación del Estado y del poder, que encuentra una valla en los derechos del hombre a los cuales deben prestarles reconocimiento y garantía; y, por otro, una especial forma de legitimación que pone al Estado al servicio de la persona humana para abastecerle sus necesidades, la primera de las cuales es la necesidad de vivir en libertad y en condiciones que le faciliten el desarrollo de su personalidad. Es así que los derechos humanos traducen, expresan y manifiestan un sistema cultural de valores y bienes que componen el *status* material de la persona humana y tal sistema cultural, plasmado



Poder Judicial de la Nación
CAMARA FEDERAL DE SALTA

constitucionalmente, se expande a todo el orden jurídico del Estado y le sirve de guía para la interpretación.

Por otro lado, el sector constitucional de los derechos humanos no es un casillero divorciado del conjunto integral de la Constitución ni de la parte que confiere estructura al poder; todo lo contrario, hay un nexo indisoluble que pone a los derechos en circulación por todo el circuito constitucional y, desde este, por todo el resto del ordenamiento jurídico infraconstitucional. “El canon objetivado de los derechos es, entonces, un techo valorativo, ideológico y normativo, de conformidad con el cual deben ser interpretadas todas las normas del orden jurídico” (*op. cit; loc cit.*, pág. 62).

Y es así como la eficacia es esencial a la positividad de los derechos fundamentales que, por lo mismo, son válidos, hay otra función motriz que corresponde adjudicar a los derechos, cual es la de fundar su tutela jurisdiccional mediante un sistema de órganos y vías idóneos, con base en el derecho a la jurisdicción, y en el llamado *status activus processualis* que permite acceder al ejercicio del mencionado derecho.

De tal modo, la función de los derechos se consolida y difunde otorgando condiciones de bienestar común y de accesibilidad al goce real de los derechos por parte de todos los hombres. Para que así sea, es menester acudir a la regla de la optimización o maximización de los derechos, de modo que su efectividad y eficacia generales tengan fuerza difusora y expansiva en toda la sociedad y para todos sus integrantes y sectores (confr. Bidart Campos, Germán, *op.cit.* pags. 63 y 64).

VI.- Que bajo el prisma de lo precedentemente expuesto, no puede pasarse por alto el hecho de que tal como surge del Expte. N° 21000256/2012 reservado como prueba en la presente causa, la señora Peñalosa Rice fue condenada en el año 1998 a la pena de seis años y cinco meses de prisión habiendo cumplido la totalidad de la misma el 13 de febrero de 2004 (confr. fs. 10), por lo que el 27 de mayo del año 2002, fecha en que el señor Cerruto contrajo matrimonio con la nombrada y reconoció a Albaro Germán Cerruto



Poder Judicial de la Nación
CAMARA FEDERAL DE SALTA

como nacido de esa unión (confr. fs. 15 y 17), la señora Peñaloza Rice ya había cumplido la mitad de la condena lo que habilitaba al Estado Argentino a hacer efectiva la expulsión de conformidad con lo establecido por el art. 64 inc. a) de la ley 25.871. Sin embargo el Estado no sólo no ejerció dicha potestad, sino que durante el transcurso de doce años fue prorrogándole a la cónyuge del aquí actor el certificado de residencia precaria (confr. fs. 11 con la prórroga hasta el 24/04/2012), sin que durante ese extenso tiempo exista prueba alguna de que el comportamiento de la señor Peñaloza Rice haya habilitado la decisión que a la postre tomara la Dirección Nacional de Migraciones. Por el contrario, surge de la causa que durante todo ese tiempo mantuvo el mismo domicilio y que desarrolló el oficio de peluquera.

Siendo ello así, la actuación del Estado Argentino surge como una injerencia indebida en la vida familiar de señor Baleriano Cerruto cuya protección constitucional debe primar frente al largo tiempo transcurrido entre el hecho que hizo nacer la facultad establecida por el art. 29 inc. c) de la ley 25.871 y el efectivo ejercicio que pretendió hacer de ella el Estado, deviniendo el acto en desproporcionado incluso con los fines tenidos en miras por la ley referida.

Y es aquí donde debe recordarse la doctrina sostenida por el Máximo Tribunal en el sentido de que “cuando se violenta la razonabilidad no se transgrede el debido proceso en sentido adjetivo o formal, como imposición de una forma o procedimiento que deben seguir los actos constitucionales de cada órgano del estado para ser ‘formalmente’ válidos, sino que se trastorna una cuestión sustancial o de fondo: el ajuste de toda norma y de todo acto con el sentido de justicia que la constitución alberga” (STJ, Rawson, Chubut –Sala Civil “G., M. S. c/Prov. Chubut s/Demanda Contencioso Administrativa y de inconstitucionalidad” sentencia del 29/3/05).

La razonabilidad constituye un principio general de derecho -creación doctrinaria y jurisprudencial, con fundamento en los arts. 28 y 33 de la Constitución



Poder Judicial de la Nación
CAMARA FEDERAL DE SALTA

Nacional-, aplicado específicamente como límite de la discrecionalidad administrativa. Su control implica verificar -además de los requisitos ineludibles de fin público, medio adecuado y ausencia de inequidad manifiesta- la existencia de “circunstancias justificantes”, es decir, que la restricción impuesta a los derechos ha de hallarse fundada en los hechos que le dan origen, procurando que las normas aplicables mantengan coherencia con las reglas constitucionales, de suerte que, su aplicación, no resulte contradictoria con lo establecido por la ley fundamental (SCJ, La Plata, Buenos Aires, “Hernández, Alicia Esther y otros c/Municipalidad del Partido de General Pueyrredón s/Demanda Contencioso administrativa”, sentencia del 31/03/04 –SAIJ Sumario B0091095).

Así las cosas, “Siguiendo los lineamientos de la Corte Suprema de Justicia ‘... a los efectos del control de razonabilidad se debe tener siempre presente: A) el fin público; B) las circunstancias justificantes; C) la adecuación entre el medio empleado y el fin propuesto; D) la ausencia de inequidad manifiesta. Asimismo deberán tenerse siempre presente las consecuencias sociales de la respectiva medida...’. Así, el control de razonabilidad surge cuando las restricciones no tienen relación o no son proporcionadas con sus fines aparentes, y se han desconocido, innecesaria e injustificadamente, derechos primordiales. La razonabilidad de la norma consiste en una valoración axiológica de justicia, de modo tal que cuando la constitución impone la obligación de dictar leyes razonables, está exigiendo el dictado de leyes justas, equitativas. De allí que, si consideramos que la finalidad del estado radica en el logro del bienestar general -tender al logro del bien común-, ese fin es el que pone los límites en la actuación del poder político y, en consecuencia, el estado goza de poder solo para la realización de él” (STJ, Tierra del Fuego “Oberto, Pedro Osvaldo c/Municipalidad de la Ciudad de Ushuaia s/Acción de inconstitucionalidad – Medida Cautelar” sentencia del 7/10/03- SAIJ Sumario: TF001159).

En igual sentido, Bidart Campos explica que la razonabilidad exige que el medio escogido para alcanzar un fin válido guarde proporción y aptitud suficiente con ese fin, o que haya razón valedera para fundar tal o cual acto de poder (confr. “Tratado



Poder Judicial de la Nación
CAMARA FEDERAL DE SALTA

Elemental de Derecho Constitucional”, Ediar, Buenos Aires, 1986, t° L, p. 230 citado por Pirovano, Pablo, “El poder de policía del Estado para restringir el acceso al mercado de cambios a la luz de los principios de legalidad y razonabilidad”, *El Derecho* diario del día 19/7/12).

Es que, como se reconoce desde antiguo, el derecho no es sólo lógica sino también experiencia, entendiendo por tal la comprensión del sentido último que anida en cada caso, y que por ello es exigencia elemental de los pronunciamientos judiciales la de que los mismos se encuentren orientados por la prudencia y el buen sentido (sentido común o good sense), que exigen siempre respuestas ajustadas a las particularidades de cada caso: “hacer justicia, misión específica de los magistrados, no importa otra cosa que la recta determinación de lo justo en concreto; y ello sólo se puede lograr ejerciendo la virtud de la prudencia animada con vivo espíritu de justicia en la realización efectiva del derecho en las situaciones reales que se le presenten, lo que exige conjugar los principios enunciados en la ley con los elementos fácticos del caso, cuyo consciente desconocimiento no se compecede con la misión de administrar justicia” (CSJ Santa Fé, “Del Grosso José c/perla de Belfer s/recurso de inconstitucionalidad – Indemnización – Reconstrucción”, del 29 de diciembre de 2004, *Infojus* Sum: J 0032992).

Pues bien, como se anticipó en el segundo párrafo de este apartado, no se advierte que se haya efectuado dicha conjugación ya que examinadas las circunstancias comprobadas de la causa a la luz de los criterios precedentemente expuestos se concluye la irrazonabilidad de la medida adoptada por la Dirección Nacional de Migraciones en tanto parece claro -siguiendo a Alexy- el incumplimiento de los recaudos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad estricta que, a su juicio, deben observarse a la hora de interpretar y reglamentar derechos constitucionales como los aquí ponderados (confr. Alexy, Robert, *Ponderación, control de constitucionalidad y representación*, LL, t. 2008-F, pág. 785).



Poder Judicial de la Nación
CAMARA FEDERAL DE SALTA

En efecto, la relevancia de la función del Estado como colaborador de la unión familiar de un lado, y como garante de la seguridad pública de otro, debió cuidar que el medio empleado resulte el menos restrictivo y, por tanto, el más idóneo en orden al logro de su finalidad, lo que, ciertamente, no se observa mediante la expulsión acaecida más de una década después de que pudo haberse efectivizado y luego de que en reiteradas oportunidades se extendiera, por parte de la misma autoridad de aplicación, la permanencia provisoria de Peñaloza Rice. Sobre tales bases, asumiendo como expresa Alexy y ya se anticipó siguiendo a Bidart Campos, que los derechos constitucionales en juego constituyen “principios de optimización” que “requieren que algo se realice con la mayor amplitud dentro de las posibilidades jurídicas y fácticas” (Alexy, *op. cit., loc. cit.*) parece claro que, en el *sub lite*, corresponde asegurar en la mayor medida posible el primero sin que, por lo demás, de los elementos aportados a la causa, se infiera detrimento alguno del segundo, debiendo acogerse el recurso articulado por el accionante.

VII.- Las costas se distribuyen por el orden causado en tanto el actor fue representado por el señor Defensor Oficial.

Por todo lo precedentemente expuesto, se

RESUELVE:

I.- HACER LUGAR al recurso de apelación interpuesto a fs. 80/85, REVOCAR la resolución de fecha 31 de octubre de 2014, HACER LUGAR a la acción de amparo articulada por el señor Baleriano Cerruto y ORDENAR a la Dirección Nacional de Migraciones – Ministerio del Interior – se abstenga de hacer efectiva la expulsión del Territorio Nacional de la señora María Cruz Peñaloza Rice. COSTAS por el orden causado.

REGISTRESE, notifíquese, publíquese en los términos de las Acordadas 15 y 24 de 2013 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y devuélvase la causa junto con la documentación reservada en Secretaria al Juzgado Federal de Salta N° 1.



Poder Judicial de la Nación
CAMARA FEDERAL DE SALTA

No firma la presente el tercer vocal por encontrarse vacante el cargo.

mids

FDO. DRES RENATO RABBI BALDI CABANILLAS Y JORGE LUIS VILLADA
ANTE MI MARIA INES DE SIMONE