



Poder Judicial de la Nación
CAMARA FEDERAL DE SALTA

**“FRANCO HERHUAY DAVID SANTIAGO
C/MINISTERIO DEL INTERIOR DE LA NACION-
DIRECCION NACIONAL DE MIGRACIONES
S/IMPUGNACION DE ACTO ADMINISTRATIVO”**

**- EXPTE. N° FSA 11000053/2012 –
JUZGADO FEDERAL DE SALTA N° 1**

///ta, 6 de marzo de 2015.-

VISTO Y CONSIDERANDO:

El recurso de apelación interpuesto en contra de la resolución de fecha 7 de octubre de 2014, y

El Dr. Luis Renato Rabbi-Baldi Cabanillas dijo:

I.- Que la representante legal del Estado Nacional interpuso recurso de apelación (fs. 129), en contra de la resolución por la que el Juez de la instancia anterior hizo lugar a la demanda iniciada por el señor David Santiago Franco Herhuay y revocó la disposición N° 108 y la resolución 1169/10 de la Dirección Nacional de Migraciones y del Ministerio del Interior, respectivamente, por las que se dispuso su expulsión del territorio nacional con prohibición de reingreso.

II.- Para así decidir el *a quo* consideró en primer lugar que el recurso judicial establecido en el art. 89 de la ley de Migraciones N° 25.871 no podía quedar limitado al control de legalidad, debido proceso y razonabilidad en el acto impugnado, pues



Poder Judicial de la Nación
CAMARA FEDERAL DE SALTA

la existencia de ciertos límites jurídicos a las facultades discrecionales de la administración, lo hacen revisable en su totalidad de conformidad con el art. 7 inc. f) *in fine* de la ley 19.549 de Procedimientos Administrativos.

Bajo ese criterio analizó el planteo del actor e hizo mérito de que su expulsión del país y la imposibilidad de regresar por cinco años, fue dispuesta en términos estrictamente legales por encontrarse comprendido en una de las causales expresamente contempladas en el art. 29 inc. c) de la ley migratoria: haber sido condenado por el delito de tráfico de estupefacientes.

Sin embargo, estimó que ese derecho del Estado Argentino de controlar el ingreso y permanencia en el país de un extranjero se contrapone en este caso con otro de mayor jerarquía que no se vincula a la persona del infractor migrante, sino al derecho de los hijos argentinos de éste de que su padre prosiga en el país y puedan crecer éstos en el seno de una familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión. Todo ello de conformidad con la Convención sobre los Derechos del Niño cuya jerarquía constitucional surge de los arts. 27 y 31 de la Carta Magna al haber sido incorporado en el art. 75 inc. 22.

Por ello y considerando acreditado que el actor ingresó a trabajar en una zapatería mientras cumplía su condena, donde conoció a Norma Raquel González y de cuya relación nacieron tres hijas de nacionalidad argentina y que viven en la provincia de Salta, hizo lugar a la demanda y revocó, como ya se dijo, la expulsión del actor del territorio nacional.

III.- Ya en esta instancia, concedido que fuera el recurso, la representante legal del Cuerpo de Abogados del Estado presentó memorial a fs. 132/136 agraviándose ante todo en cuanto de conformidad con lo dispuesto por el art. 89 de la ley migratoria, la intervención y consecuente decisión del órgano judicial al tratar el recurso debe limitarse al control de legalidad, debido proceso y a la razonabilidad del acto motivo de impugnación, resultando que en el caso, tanto la Dirección Nacional de Migraciones como el



Poder Judicial de la Nación
CAMARA FEDERAL DE SALTA

Ministerio del Interior aplicaron la ley, actuando con legalidad y razonabilidad pues la condena a cuatro años y ocho meses de prisión dispuesta contra el accionante como coautor penalmente responsable del delito de contrabando de estupefacientes, resulta uno de los impedimentos taxativamente previstos en el art. 29 inc. c) de la ley 25.871, al establecer que una de las causas que impide la permanencia de extranjeros en el territorio nacional es “haber sido condenado o estar cumpliendo condena...o tener antecedentes por tráfico de armas, de personas, de estupefacientes o por lavado...”

Estimó por ello que no podía el Juez practicar una ponderación de los derechos involucrados para dar cabida a la pretensión del actor en tanto la ley 25.871 destaca la exclusiva competencia de la autoridad de aplicación para admitir “excepcionalmente” la solicitud del migrante por razones humanitarias o de reunificación familiar.

Solicitó así, se haga lugar al recurso y se revoque la resolución recurrida con expresa imposición de costas. Hizo reserva de caso federal.

Corrido que fuera el pertinente traslado de ley, el señor Defensor Oficial se presentó a fs. 138/142 promoviendo el rechazo del recurso y la confirmación del pronunciamiento de la instancia anterior.

En sustancia expuso que el control sobre la razonabilidad del acto como agravio de la demandada debe necesariamente abarcar consideraciones en relación a: a) el derecho de reunificación familiar; b) el interés superior de las niñas, por ser su padre un sostén afectivo y el único con que cuentan económicamente y c) las garantías penales del actor, teniendo en cuenta que la resocialización como finalidad constitucional de la pena se encuentra plenamente cumplida en este caso y que después de casi veinte años desde la comisión del delito, la expulsión se traduce en una nueva sanción por el mismo delito, violándose la garantía del *ne bis in ídem*.



Poder Judicial de la Nación
CAMARA FEDERAL DE SALTA

IV.- Que planteada así la cuestión debe quedar claro que los hechos sobre los que se fundan las distintas posturas de las partes no se encuentran controvertidos. Así es que no se discute que el señor David Santiago Franco Herhuay cumplió una condena penal a cuatro años y ocho meses de prisión como coautor penalmente responsable del delito de contrabando de estupefacientes, resultando esta una causal taxativamente establecida en el inc. c) del art. 29 de la Ley de Migraciones como obstáculo o impedimento para la permanencia en el país de un extranjero, como tampoco que tiene tres hijas argentinas menores de edad producto de la relación que mantuvo con Norma Raquel González, circunstancia que -conforme la pretensión del actor- torna aplicable lo dispuesto en el último párrafo del artículo citado para admitir excepcionalmente por razones humanitarias y de reunificación familiar su permanencia en el territorio nacional.

En síntesis, en lo que difieren las partes es en la aplicación al caso de esta última facultad puesta en cabeza de la Dirección Nacional de Migraciones, previa intervención del Ministerio del Interior y el alcance que sobre su ejercicio puede efectuar el Poder Judicial, en tanto el art. 89 de la ley de Migraciones establece que el recurso judicial se limitará al control de legalidad, debido proceso y de razonabilidad del acto motivo de impugnación.

V.- Bajo ese marco, debe tenerse en cuenta que conforme surge de la causa, David Santiago Franco Herhuay de nacionalidad peruana ingresó a la República Argentina el 10 de setiembre de 1995 oportunidad en la que quedó detenido e incomunicado en los términos del sumario judicial N° 50/95, razón por la que con fecha 11 de setiembre de 1995 el Jefe del Escuadrón 52 Tartagal de Gendarmería Nacional declaró ilegal su permanencia en el país y ordenó su expulsión por Disposición N° 1329/95 (confr. fs. 2 y 3 del expediente migratorio S02:0001241/2010).



Poder Judicial de la Nación
CAMARA FEDERAL DE SALTA

Por su parte, con origen en el sumario judicial referido, el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Salta dictó sentencia condenatoria en su contra con fecha 04/07/1996, cumpliendo la pena impuesta el día 10/05/2000 (confr. fs. 15).

Asimismo, durante el período que gozó de libertad condicional (desde el 20 de octubre de 1998), la Dirección Nacional de Migraciones le otorgó el beneficio de residencia precaria con autorización para realizar tareas rentadas en el marco de los arts. 22 y 29 de la ley 22.439 (confr. fs. 19/20), estado que se mantuvo por sucesivas prórrogas hasta el 03/05/2000 (confr. fs. 24).

Que el 27/11/2000 el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Salta comunicó que el aquí actor había cumplido la sanción penal impuesta el día 10/05/2000 dejando de interesar su comparecencia ante el Tribunal (confr. fs. 31).

Que a partir de allí y en lo que aquí interesa, no obstante no encontrarse agregados respetando la correlatividad de las fechas, del expediente migratorio que se viene citando surge que el 15/03/2002 se presentó el accionante solicitando se le otorgue la posibilidad de quedarse cerca de sus seres queridos y poder tramitar documentación para su radicación definitiva en el país, manifestando que se desempeñaba como zapatero y que mantenía a sus hijas, las que asistían a la escuela. Acompañó las partidas de nacimiento de sus tres hijas argentinas (confr. fs. 44/45).

El 22 de marzo de 2006 el Jefe de la Delegación Salta de Migraciones por Disposición N° 108/2006-S consideró que el aquí actor había cumplido su condena con fecha 10/05/2000, que había dejado de interesar al Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Salta y que ya se había dictado la Disposición N° 1329/95 por parte del Escuadrón 52 "Tartagal" ordenando su expulsión del territorio nacional en los términos de la ley 22.439, por lo que frente a la derogación que se había producido de la citada ley por su similar N° 25.871, resultaba necesario actualizar la medida migratoria en los términos del art. 29 incs. b) y g) y, en consecuencia, declaró irregular su permanencia en el país y ordenó su expulsión



Poder Judicial de la Nación
CAMARA FEDERAL DE SALTA

del territorio nacional con prohibición de reingreso por el término de cinco años (confr. fs. 40/41).

Seguidamente, el 11 de noviembre de 2009 el Director Nacional de Migraciones por el principio del informalismo a favor del administrado trató como vía recursiva los argumentos expuestos por el accionante de no ser expulsado del país para poder seguir junto a sus hijas argentinas, manifestando al respecto que los fundamentos en que se sustentó el recurso no producían una modificación en los presupuestos sobre los que se había dictado la Disposición N° 108/06-S, resultando inconvencible el temperamento adoptado "...en los términos del art. 29 inc. c) de la ley 25.871..." (confr. Disposición DNM N° 002338 agregada a fs. 62/65).

Notificado que fuera el actor interpuso recurso jerárquico (fs. 70/71) el que fue resuelto en sentido negativo con fecha 15 de octubre de 2010 mediante resolución N° 1169, considerando que no se agregaron elementos que permitieran modificar lo resuelto, resultando nuevamente inconvencible el temperamento adoptado (fs. 95/98).

VI.- Que relatado todo lo que antecede, resulta necesario analizar primeramente el agravio vinculado con el alcance del control judicial del acto establecido en el citado art. 89.

Para ello, no debe perderse de vista que la razonabilidad constituye un principio general de derecho -creación doctrinaria y jurisprudencial, con fundamento en los arts. 28 y 33 de la Constitución 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



Poder Judicial de la Nación
CAMARA FEDERAL DE SALTA

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).

En igual sentido se ha dicho que ‘... 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. “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).

Quiere decir pues que ejercer el control de razonabilidad permitido por el art. 89 de la ley N° 25.871 lleva ínsito analizar si las consecuencias de la decisión administrativa guardan proporción con los fines tenidos en miras por la norma o si, contrariamente, apartándose de dichos fines, se desconocieron innecesaria e injustificadamente, derechos primordiales, razón por la que en este caso particular resulta estéril la discusión sobre las facultades para revisar el aspecto discrecional establecido en la norma y su ejercicio por parte de la autoridad correspondiente.

VII.- Pues bien, del examen de los elementos de la causa referidos, se advierte la existencia de “circunstancias justificantes” que autorizan examinar el alcance de lo dispuesto por el art. 29 inc. c) de la ley migratoria. Se trata, en efecto, del hecho que el actor conformó una familia y que es padre de tres niñas de las que se ocupa y



Poder Judicial de la Nación
CAMARA FEDERAL DE SALTA

alimenta merced al trabajo lícito que ejerce. Así las cosas, su conducta resulta captada por normas de jerarquía superior que conducen a inaplicar la citada normativa teniendo en cuenta los altos fines que se propone proteger la Constitución Federal y que surgen de una lectura sistemática de la ley específica en la materia (ley 25.871) al disponerse en el último párrafo del artículo citado adoptar un temperamento distinto “por razones humanitarias o de reunificación familiar”.

Lo expuesto halla todavía un fundamento añadido en que no puede soslayarse que el señor Franco Herhuay cumplió su condena en el año 2000 y que la Resolución N° 108 por la que se dispuso la expulsión del aquí actor con prohibición de reingreso al territorio nacional por el término de cinco años, fue dictada en el año 2006, lo que lleva a concluir que si aún por hipótesis se hubiera hecho efectiva la medida en aquella oportunidad, el accionante se encontraría hoy en condiciones de solicitar un nuevo permiso de ingreso al territorio nacional. Siendo ello así, la medida adoptada por la demandada también ha perdido a esta altura -por el transcurso del tiempo-, la proporción necesaria con el fin perseguido por la norma, razón por la que mantenerla se traduciría en una sanción que se extiende ilegítimamente en el tiempo, transformándose en una condena *sine die* contraria a las básicas garantías constitucionales reconocidas expresamente en el art. 18 de la Carta Magna.

Por todo lo expuesto me pronuncio por rechazar el recurso de apelación interpuesto por la Dirección Nacional de Migraciones y confirmar la resolución de fecha 7 de octubre de 2014, con costas por el orden causado en virtud de que el actor fue representado por el señor Defensor Oficial. **ASI VOTO.**

A idéntica cuestión planteada el Dr. Jorge Luis Villada dijo:

Que por compartir los fundamentos y la solución del caso, adhiero al voto que antecede.



Poder Judicial de la Nación
CAMARA FEDERAL DE SALTA

Como resultado de la votación, el Tribunal

RESUELVE:

I.- RECHAZAR el recurso de apelación articulado por la Dirección Nacional de Migraciones y CONFIRMAR la resolución de fecha 7 de octubre de 2014. COSTAS por su orden.

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.

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

mids

Fdo.: Dres. Rabbi-Baldi Cabanillas y Villada-Ante mi: María Inés De Simone-
secretaria