



Corte Suprema de Justicia de la Nación

Buenos Aires, 24 de Septiembre de 2020

Vistos los autos: "Barrios Rojas, Zoyla Cristina c/ EN -DNM resol. 561/11- (exp. 2091169/06 (805462/95)) y otro s/ recurso directo para juzgados".

Considerando que:

1°) Mediante disposición 184763/2009 la Dirección Nacional de Migraciones ("DNM") canceló la residencia precaria de la señora Zoyla Cristina Barrios Rojas, de nacionalidad peruana, ordenó su expulsión del país y le prohibió el reingreso por el término de quince años. Para ello tuvo en cuenta que durante el trámite de regularización migratoria iniciado por la interesada surgió que en 1999 había sido condenada por el Tribunal Oral Federal n° 2 a la pena de seis años de prisión por el delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización, agravado por la participación de tres o más personas. La autoridad migratoria consideró que tal situación encuadraba en el artículo 29, inciso c de la ley 25.871, que, en el momento de los hechos, establecía haber tenido una condena penal por tráfico de estupefacientes como causa impeditiva para la permanencia de extranjeros en el territorio nacional.

2°) La actora recurrió administrativamente la orden de expulsión decretada por la DNM. Alegó que su grupo familiar, integrado por su pareja, dos hermanos, su madre, su hijo mayor de edad, sus nietos y sus sobrinos, se encontraba radicado en el país. Sostuvo que tras el cumplimiento de la condena penal mencionada cursó estudios y tuvo diversos trabajos. También

alegó sufrir algunas afecciones en su estado de salud (monorenal e hipertensa).

La DNM rechazó el recurso de la actora mediante la disposición 262/2010. Sostuvo que su situación encuadraba en una de las causales de expulsión del artículo 29 de la ley 25.871 y que los hechos esgrimidos *"no tienen suficiente entidad como para desvirtuar los impedimentos descriptos que pesan sobre la misma"*. Agregó que la Dirección General de Inmigración, órgano con competencia primaria en la materia, se había expedido en contra del planteo de reunificación familiar contemplado en el último párrafo del citado artículo 29, *"vista la pena impuesta al solicitante y dada la naturaleza del delito por el que ha sido condenado"* (fs. 72 del expte. adm.).

La actora interpuso un recurso de alzada que fue rechazado por el Ministerio del Interior mediante la resolución 561/2011 con fundamentos similares. Contra este acto administrativo, dedujo el recurso judicial directo previsto en el artículo 84 de la ley 25.871.

3°) 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 por considerar que en el caso se presentaba un supuesto de reunificación familiar.

Los jueces que conformaron la mayoría –doctores Gallegos Fedriani y Treacy– consideraron que si bien el término



Corte Suprema de Justicia de la Nación

“podrá” utilizado en la última parte del artículo 29 de la ley 25.871 debía entenderse como una facultad discrecional de la DNM, en el caso la denegación de la dispensa por razones de reunificación familiar no había resultado razonable. En este sentido, estimaron que dos cuestiones eran dirimientes para hacer lugar al recurso planteado: a) la actora tenía un grupo familiar en el país que incluía esposo, padres, hijos mayores, sobrinos y nietos; y b) una vez cumplida la condena penal la actora se reinsertó en la sociedad, obtuvo un trabajo y formó pareja. Sobre este último punto, agregó que habían pasado diecisiete años desde la comisión del delito que motivó la medida de expulsión.

4°) El Estado Nacional cuestionó esta sentencia mediante recurso extraordinario, que fue únicamente concedido en lo que respecta a la cuestión federal invocada.

El recurrente argumenta que se encuentra en discusión la validez de un acto estatal, como así también la interpretación de la ley 25.871. Puntualmente aduce que la cámara sustituyó competencias que la ley atribuye a la DNM, violando de ese modo el principio de división de poderes. Afirma que el artículo 29, última parte, de la ley 25.871 otorga una facultad discrecional a la administración dado que establece que la DNM “podrá” admitir la permanencia por razones de reunificación familiar de aquel cuya expulsión del país fuera ordenada. En este sentido señala que la DNM, para adoptar la decisión de expulsión y la negativa a conceder la dispensa

solicitada por la actora, hizo mérito de la gravedad del delito, como de la pena impuesta a Barrios Rojas, lo cual descarta que el rechazo al pedido de la actora sea irrazonable.

5°) El recurso extraordinario ha sido bien concedido pues se encuentra en tela de juicio la interpretación de una norma federal (artículo 29 y concordantes de la ley 25.871) y la decisión de la cámara resulta contraria a la pretensión que la demandada fundó en ella (conf. artículo 14, inciso 3°, de la ley 48).

6°) 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, y 29 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).

7°) En el caso no hay controversia de que se encuentra configurada la causal de expulsión prevista en el



Corte Suprema de Justicia de la Nación

inciso c del artículo 29 de la ley 25.871 dado que la actora fue condenada por un delito vinculado con el tráfico de estupefacientes. Tampoco se ha invocado que la orden de expulsión y la posterior decisión que rechazó la dispensa por reunificación familiar tuvieran carácter discriminatorio.

La solución de la controversia planteada en estas actuaciones requiere, entonces, determinar si la decisión de la autoridad migratoria por la que desestimó el pedido de dispensa por razones de reunificación familiar formulado por la actora implicó el ejercicio regular de las prerrogativas otorgadas a la DNM por la ley 25.871 (texto vigente al momento de los hechos). Solo en el supuesto en que se determinara que tales prerrogativas no fueron ejercidas regularmente, corresponderá fijar un remedio judicial al planteo de la actora.

8°) El texto de la ley 25.871 regula el derecho de reunificación familiar. El legislador fijó reglas diferentes para la concesión de ese derecho de acuerdo con las circunstancias de cada caso. Como se verá, cada una de esas reglas otorga diferentes facultades a la autoridad migratoria a la hora de evaluar un pedido de reunificación familiar.

En primer lugar, respecto de los extranjeros alcanzados por alguna de las causales de expulsión enumeradas en la norma, el artículo 29 in fine establecía 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”.

En segundo lugar, el artículo 62, anteúltimo párrafo, para los supuestos de cancelación de la residencia otorgada previamente por la autoridad migratoria disponía, 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”.*

En tercer lugar, el artículo 70 tercer párrafo, establecía que, una vez firme la orden de expulsión y producida la retención al solo y único efecto de cumplir con dicha orden, el extranjero puede alegar ser padre, hijo o cónyuge de argentino nativo –siempre que el matrimonio se hubiese celebrado con anterioridad al hecho que motivara la resolución–. Para ese supuesto el artículo mencionado dispone que la DNM **“deberá suspender la expulsión y constatar la existencia del vínculo alegado en un plazo de cuarenta y ocho (48) horas hábiles...”** y que, *“[a]creditado que fuera el vínculo el extranjero recuperará en forma inmediata su libertad y se habilitará respecto del mismo, un procedimiento sumario de regularización migratoria”.*

9°) En el caso, la orden de expulsión que da lugar a esta controversia fue dictada cuando la actora pretendía acceder a un régimen especial de regularización migratorio a fin de obtener una residencia en el país, circunstancia que descarta la



Corte Suprema de Justicia de la Nación

aplicación de la regla del artículo 62 de la ley 25.871. Del mismo modo, tampoco resulta aplicable la disposición del artículo 70 de dicho ordenamiento puesto que no se ha dictado todavía una orden de retención y la actora tampoco alegó alguna relación de parentesco con argentinos nativos, tal como requiere dicha norma.

Por lo tanto, es claro que el pedido de reunificación familiar de la actora debe ser examinado bajo las pautas generales del artículo 29 de la ley 25.871.

10) El artículo 29 de la ley 25.871 soluciona la disputa. A diferencia de lo que sucede en los casos previstos en los artículos 62 y 70, el artículo 29 establece una regla que determina la expulsión en el supuesto en que el migrante, como sucedió en este caso, hubiera sido condenado o estuviera cumpliendo condena, en la Argentina o en el exterior, o tuviera antecedentes por tráfico de armas, de personas, de estupefacientes o por lavado de dinero o inversiones en actividades ilícitas o delito que merezca para la legislación argentina pena privativa de la libertad de tres (3) años o más.

En efecto, el artículo 29, dispone que es una causa impediende de la permanencia del migrante en el país *“haber sido condenado o estar cumpliendo condena, en la Argentina o en el exterior, o tener antecedentes por tráfico de armas, de personas, de estupefacientes o por lavado de dinero o inversiones en actividades ilícitas o delito que merezca para la*

legislación argentina pena privativa de la libertad de tres (3) años o más”.

El artículo 29 también prevé que la autoridad migratoria por resolución fundada puede excepcionalmente, basada en razones humanitarias o de reunificación familiar, disponer la permanencia en el país del extranjero alcanzado por alguna causal de expulsión. Ahora bien, la dispensa por razones humanitarias o de reunificación familiar cuya concesión por parte de la administración es discrecional, constituye una excepción a la regla de la expulsión y como tal debe ser especialmente motivada. El límite para el ejercicio de esta facultad administrativa está dado por la prohibición de adoptar criterios discriminatorios (artículo 3, inciso f, de la ley), circunstancia que no ha sido alegada en esta causa.

11) En virtud de lo dispuesto por el artículo 29 de la ley 25.871, es claro que la solución alcanzada por la cámara implica alterar el recto sentido de las disposiciones legales aplicables.

Tal como quedó dicho en el considerando anterior, las razones de reunificación familiar contempladas en el artículo 29 *in fine* de la ley 25.871 podrían servir como excepción al deber de la Administración de expulsar al migrante condenado por la comisión de ciertos delitos. Por ello, no puede sostenerse que, fuera de los casos específicamente previstos en los artículos 62 y 70, la mera existencia de un grupo familiar en el país y la



Corte Suprema de Justicia de la Nación

alegada reinserción de la actora en la sociedad resulte suficiente para dejar sin efecto la orden de expulsión fundada en alguna de las causales previstas en el artículo 29 de la ley 25.871. La decisión de la cámara no toma en cuenta lo exigido por la ley e implica, en la práctica, ignorar que la concesión de una dispensa para permanecer en el país es discrecional para la administración y que solo puede ser concedida de modo excepcional y mediante resolución especialmente fundada, circunstancia que no se verificó en el presente caso.

En este orden, cabe recordar que la conveniencia o interés jurídico en ampliar las salvedades previstas a una regla legal, aun cuando fuera en protección de derechos individuales, es un problema de política legislativa que solo al legislador incumbe resolver (Fallos: 237:355). Esto es consistente con el principio 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 y 318:1226).

12) Por otro lado, la decisión de la cámara implicó una indebida sustitución de las facultades que la ley atribuyó a la administración.

En efecto, tal como lo tiene dicho esta Corte, cada poder del Estado, "dentro de los límites de su competencia, obra con independencia de los otros dos en cuanto a la oportunidad y extensión de las medidas que adopta y a los hechos y

circunstancias que las determinan" (Fallos: 243:504, considerando 9°).

En el caso la sentencia recurrida hizo lugar al planteo de la actora por considerar que se reinsertó en la sociedad y que transcurrió un tiempo considerable desde la comisión del delito. Sin embargo, ninguno de esos factores están contemplados en la ley a los efectos de dispensar la expulsión de quienes se encuentren comprendidos en las causales del artículo 29 de la ley 25.871. Más aún, de acuerdo con la ley, es la administración quien debe decidir en cada caso concreto el otorgamiento de la dispensa, y justificarlo si así lo decide. Correspondía a la administración decidir si, por ejemplo, los vínculos familiares de la actora o su conducta posterior al cumplimiento de la pena, eran razones suficientes para excepcionar la obligación establecida en el artículo 29 de la ley 25.871 de expulsar a quien hubiera cometido los delitos que cometió la recurrente.

Consecuentemente, la sentencia apelada ingresó en el núcleo de discrecionalidad que la ley atribuyó a la autoridad administrativa sustituyendo el criterio plasmado en la resolución del Ministerio del Interior 561/2011 por el suyo propio. Esta circunstancia torna procedente el recurso extraordinario del Estado Nacional.

13) En síntesis, esta Corte estima que la sentencia de cámara contraría un texto legal, incurriendo en una indebida



Corte Suprema de Justicia de la Nación

sustitución de las atribuciones que la ley concedió a la autoridad migratoria competente.

Por ello, oído el señor Procurador Fiscal, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada. Con costas en el orden causado atento a la naturaleza de las cuestiones debatidas (artículo 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que por quien corresponda se dicte un nuevo fallo con arreglo a lo expuesto. Notifíquese y, oportunamente, remítase.

VO-//-

-//-TO DE LOS SEÑORES MINISTROS DOCTORES DON JUAN CARLOS MAQUEDA
Y DON RICARDO LUIS LORENZETTI

Considerando:

1°) Que los antecedentes de la causa han sido objeto de adecuado relato en el dictamen del señor Procurador Fiscal.

2°) Que el recurso extraordinario es formalmente admisible en razón de que se encuentra en tela de juicio la inteligencia de normas de carácter federal -artículo 29 *in fine* de la ley 25.871- y la sentencia definitiva del superior tribunal de la causa es adversa al derecho que el apelante sustenta en ellas.

Por otra parte, cabe recordar que, en la interpretación del derecho federal, la Corte Suprema no se encuentra limitada en su decisión por los argumentos de las partes o del *a quo* sino que le incumbe realizar una declaratoria sobre el punto (Fallos: 338:628 y sus citas entre muchos otros).

3°) Que el artículo 3°, inciso d, de la ley 25.871 prescribe como uno de sus objetivos garantizar a los migrantes "el ejercicio del derecho a la reunificación familiar", el que, según el artículo 10, se confiere respecto de "sus padres, cónyuges, hijos solteros menores o hijos mayores con capacidades diferentes". Por su parte, el artículo 29 establecía que serán "causas impeditivas del ingreso y permanencia de extranjeros al Territorio Nacional" el haber "sido condenado o estar cumpliendo



Corte Suprema de Justicia de la Nación

condena, en la Argentina o en el exterior, o tener antecedentes por tráfico de armas, de personas, de estupefacientes o por lavado de dinero o inversiones en actividades ilícitas o delito que merezca para la legislación argentina pena privativa de la libertad de tres (3) años o más” (conf. inciso c del artículo 29 antes de su reforma por el decreto 70/2017). A su vez, el último párrafo del mencionado artículo 29 (también según el texto anterior a dicha reforma), disponía que la “Dirección Nacional de Migraciones, previa intervención del Ministerio del Interior, 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, a los extranjeros comprendidos en el presente artículo”.

4°) Que en esta instancia no se discute que la situación de la actora encuadre en el supuesto del artículo 29, inciso c, de la ley 25.871 en razón de la condena penal que le fue impuesta, sino si existen o no motivos de “reunificación familiar” que justifiquen otorgar la dispensa contemplada en el último párrafo del citado artículo.

5°) Que, en primer término, cabe desechar la alegación de la recurrente en el sentido de que el artículo 29, *in fine*, consagra una facultad discrecional tan amplia en cabeza de la Administración, que impide todo control por parte de los jueces. Tiene dicho esta Corte que la circunstancia de que la Administración obre en ejercicio de facultades discrecionales,

en manera alguna puede constituir un justificativo de su conducta arbitraria, pues la "esfera de discrecionalidad susceptible de perdurar en los entes administrativos no implica en absoluto que éstos tengan un ámbito de actuación desvinculado del orden jurídico o que aquélla no resulta fiscalizable" (conf. Fallos: 307:639 y 315:1361).

6°) Que, a fin de determinar en qué términos las razones de reunificación familiar podrían ser excepcionalmente admitidas para hacer lugar a la residencia permanente o temporaria en el procedimiento de expulsión del migrante, resultan relevantes las pautas que surgen del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas. En el caso "Stewart c. Canadá", el Comité al analizar si la decisión adoptada por el Estado demandado podía ser considerada como una infracción al derecho a la protección de la familia contra injerencias arbitrarias e ilegales (artículos 17 y 23 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos) expresó que "la deportación del sr. Stewart indudablemente perturbará sus relaciones familiares", sin embargo concluyó que esa perturbación "que será consecuencia inevitable de su deportación, no puede considerarse ilícita o arbitraria si la orden de deportación se dictó con arreglo a derecho, en defensa de los legítimos intereses del Estado y teniendo debidamente en cuenta las relaciones familiares del deportado". Por tanto, concluyó que no hubo infracción de los artículos 17 y 23 del Pacto (Caso Charles E. Stewart c. Canadá,



Corte Suprema de Justicia de la Nación

Comunicación No. 538/1993, párr. 12.10., Sentencia de noviembre de 1996).

7°) Que, de conformidad con lo expuesto, la perturbación de las relaciones familiares *per se*, como consecuencia necesaria de la orden de expulsión del migrante, dictada en un procedimiento legítimo con las debidas garantías procesales, no alcanza para considerar afectado el derecho de reunificación familiar (artículo 29 *in fine* de la ley 25.871).

8°) Que en análogo orden de ideas, la Corte Europea de Derechos Humanos, al examinar si la orden de expulsión dictada contra un extranjero podía ser considerada una injerencia arbitraria que vulnerase el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos que consagra el derecho a la protección de la vida familiar, recordó que, las relaciones entre adultos, no se benefician necesariamente de tal protección sin que en la causa se hubiera demostrado "la existencia de elementos suplementarios de dependencia, distintos de los vínculos afectivos normales" (Shala c. Suisse, n° 52873/09, 15 de noviembre de 2012, Ezzouhdi c. France, n° 47160/99, 13 de febrero de 2001; y Kwakie-Nti et Dufie c. Pays-Bas, n° 31519/96, 7 de noviembre de 2000).

9°) Que, en el presente caso, para tener por acreditadas las razones de reunificación familiar en los términos del artículo 29, *in fine*, de la ley la cámara consideró que hace más de 20 años que la interesada se encuentra afincada

en la República Argentina, aquí ha contraído matrimonio con el señor T.H.R.C.; aquí vive su madre, su hermano L.J.B.R.; su sobrina S.A.B., su sobrino N.M.M. y que asimismo a fs. 213/219 obra contestación de oficio de la AFIP donde surge que la actora y su marido estaban registrados laboralmente. A fs. 282/298 obra la contestación de oficio del geriátrico Nuestra Señora de Luján donde se desprende que la actora ha trabajado en dicho establecimiento del 16/5/2003 al 16/2/2005 (ver fs. 443).

10) Que la interpretación asignada por el *a quo* al derecho de reunificación familiar no se compadece con el propósito perseguido por el legislador, ni guarda armonía con el principio jurisprudencial tendiente a evitar que situaciones excepcionales se conviertan en regla general (Fallos: 237:355). Las razones de reunificación familiar en el artículo 29 *in fine* resultan una excepción a una regla general, por lo tanto, de conformidad a reiterada jurisprudencia del Tribunal, debe ser interpretada con criterio restrictivo (Fallos: 302:1116; 306:467; 314:1027; 316:1754 y 318:1226).

11) Que para decidir del tal modo, la cámara hizo alusión a la existencia de parientes no mencionados en el artículo 10 de la ley 25.871, como el hermano y los sobrinos de la actora; y omitió expedirse sobre el modo en que podría considerarse afectado el derecho de "reunificación familiar", más allá de la mera perturbación de los lazos afectivos normales. En especial, no examinó cuál sería el grado de



Corte Suprema de Justicia de la Nación

desamparo en que quedaría la madre y el cónyuge de la migrante como consecuencia del acto de expulsión.

Por lo tanto, al no resultar suficientemente acreditadas las razones de reunificación familiar, carece de relevancia a efectos de admitir la excepción prevista por el artículo 29 *in fine* de la ley, hacer mérito -como única razón- de la supuesta reinserción de la extranjera en la sociedad, en atención al tiempo de residencia en nuestro país y su registración laboral.

Por ello, oído el señor Procurador Fiscal, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada. Con costas en el orden causado en atención a la naturaleza de las cuestiones debatidas (artículo 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Vuelvan los autos al tribunal de origen para que por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo al presente. Notifíquese y, oportunamente, remítase.

VO-/-

-//-TO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON HORACIO ROSATTI

Considerando:

1°) Que la Dirección Nacional de Migraciones ordenó la expulsión del país de la señora Zoyla Cristina Barrios Rojas y le prohibió su reingreso por el término de quince años. Tal decisión fue adoptada por encontrarla incurso en la causal del artículo 29, inciso c de la ley 25.871 (texto anterior al decreto 70/2017), toda vez que fue condenada por el delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización (agravado por la participación de tres o más personas). Asimismo, se consideró que la entidad del delito no justificaba la aplicación de la dispensa por reunificación familiar solicitada (artículo 29, último párrafo, de la ley citada).

2°) Que esa expulsión fue dejada sin efecto por la Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal. Para resolver de ese modo, la alzada hizo valer el derecho a la "reunificación familiar" de la migrante con base en dos circunstancias que consideró dirimientes: *i)* que la actora cumplió su condena penal y se habría reinsertado en la sociedad, contrayendo matrimonio; y *ii)* que su grupo familiar se encuentra radicado en la República Argentina (madre, esposo, hermanos y sobrinos).

3°) Que contra esa sentencia la Dirección Nacional de Migraciones dedujo recurso extraordinario federal a fs. 447/467, que fue contestado por la parte actora a fs. 471/479 vta., y



Corte Suprema de Justicia de la Nación

concedido a fs. 481/481 vta.

Los agravios del organismo migratorio se pueden sintetizar en los siguientes puntos: *i)* el pronunciamiento pasó por alto que una adecuada exégesis del artículo 29 de la ley 25.871, permite concluir que la dispensa a la expulsión de un inmigrante por razones de reunificación familiar constituye una facultad discrecional de la administración; *ii)* en su análisis, el voto mayoritario no tuvo en consideración que dicho organismo, para denegar tal dispensa hizo mérito de la gravedad del delito y de la pena impuesta, a tenor de lo que expresamente establece el artículo 29, inciso c de la Ley de Migraciones; *iii)* la sentencia avanzó sobre el principio de la división de poderes, constituyendo una injerencia en atribuciones propias de la Administración; y *iv)* la sentencia resulta arbitraria, al constituir una construcción dogmática que desnaturaliza la normativa federal aplicable al caso, sin respaldo en los elementos de juicio allegados.

4°) Que el recurso extraordinario es formalmente procedente puesto que se encuentra en tela de juicio la inteligencia y alcance de una norma de carácter federal (ley 25.871), como así también la validez de actos de autoridad federal -emanados de la Dirección Nacional de Migraciones y del Ministerio del Interior- y la sentencia definitiva del superior tribunal de la causa es adversa al derecho que el apelante sustenta en aquellos (artículo 14, inciso 3°, ley 48). Cabe recordar que, en la interpretación del derecho federal, la Corte

Suprema no se encuentra limitada en su decisión por los argumentos de las partes o del tribunal a quo sino que le incumbe realizar una declaratoria sobre el punto (Fallos: 343:116 y sus citas entre muchos otros). Por último, en tanto la causal de arbitrariedad articulada consiste -principalmente- en el modo erróneo con que se aplicó el derecho federal en discusión, no cabe escindirla de este, por lo que se impone el análisis en conjunto de los agravios propuestos (Fallos: 323:1625, 327:5658, 329:3577, 330:2206, entre otros), más allá de la conducta procesal de las partes.

5°) Que la Constitución Nacional desde su Preámbulo expresa un espíritu hospitalario hacia los extranjeros, brindándoles un trato especial al reconocerles el goce "*...de todos los derechos civiles del ciudadano...*" (artículo 20) en el marco del fomento de la inmigración (artículos 25 y 75, inciso 18, y 125 de la Constitución Nacional) asumido como uno de los pilares de su programa de gobierno. A nivel infra-constitucional se destaca, en sintonía normativa, la Convención Internacional sobre Protección de Todos los Trabajadores Migratorios y Sus Familiares (aprobada por ley 26.202).

Entre sus rasgos esenciales, la Ley Fundamental establece el derecho de todo habitante, sujeto a razonable reglamentación, de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino (artículos 14 y 28 de la Constitución Nacional; ver asimismo, artículo 22, inciso 1, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; artículo 12 del Pacto



Corte Suprema de Justicia de la Nación

Internacional de Derechos Civiles y Políticos); prerrogativa sobre la que esta Corte Suprema no ha dudado en calificarla como un importante elemento de la libertad (arg. doct. Fallos: 307:1430).

En otra de sus líneas directrices, que la muestra como una construcción jurídica en cuyos cimientos se encuentra el ser humano en su faz individual y social, la Constitución Nacional impone un mandato explícito orientado a la protección integral de la familia (artículo 14 *bis*). Y, en función de ese reconocimiento, repele injerencias arbitrarias o irrazonables en este tipo de vínculos que -a través de relaciones de cuidado y asistencia- constituye uno de los centros de desarrollo afectivo, emocional y espiritual esenciales de nuestra sociedad (artículos 14 *bis* y 19, 75 inciso 22 de la Constitución Nacional; artículos 11 y 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; artículo 17 Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales; *mutatis mutandis* doctrina Fallos: 312:1681).

6°) Que en ejercicio de sus atribuciones el legislador sancionó la ley 25.871 de "Política Migratoria Argentina", fijando entre sus objetivos garantizar "*...el ejercicio del derecho a la reunificación familiar*" de los inmigrantes con "*...sus padres, cónyuges, hijos solteros menores o hijos mayores con capacidades diferentes*" (artículos 3° inciso d y 10), como así también asegurar "*...a toda persona que solicite ser admitida en la República Argentina de manera permanente o*

temporaria, el goce de criterios y procedimientos de admisión no discriminatorios..." (artículo 3°, inciso f). De igual modo, el legislador traza como objetivo de la política migratoria el 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°, inciso j).

7°) *Que, sobre la base de tales principios, el artículo 29 de dicha ley dispuso -en lo que aquí importa- que "serán causas impeditivas del ingreso y permanencia de extranjeros al Territorio Nacional: [...] c) haber sido condenado o estar cumpliendo condena, en la Argentina o en el exterior, o tener antecedentes por tráfico de armas, de personas, de estupefacientes o por lavado de dinero o inversiones en actividades ilícitas o delito que merezca para la legislación argentina pena privativa de la libertad de tres (3) años o más; [...] La Dirección Nacional de Migraciones, previa intervención del Ministerio del Interior, 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, a los extranjeros comprendidos en el presente artículo".*

8°) *Que con tal comprensión, en el citado artículo 29 de la ley 25.871, el legislador fijó supuestos específicos que obstan el ingreso o permanencia de extranjeros. Y frente a esa regla general, en su último párrafo, faculta a la autoridad*



Corte Suprema de Justicia de la Nación

pertinente y solo por razones humanitarias o de reunificación familiar, a dispensar excepcionalmente su aplicación de modo fundado. En tales términos, corresponde remarcar dos ejes que hacen a la esencia del diseño legislativo, cuya constitucionalidad no fue puesta en tela de juicio: *i*) que la dispensa constituye una excepción a las causales legislativas de prohibición de ingreso o de permanencia; y *ii*) que el temperamento a adoptar queda sujeto a la ponderación administrativa.

9°) Que lo antedicho no equivale a reconocer que el ejercicio de facultades discrecionales por parte del organismo administrativo sea ajeno al escrutinio judicial. La jurisprudencia de este Tribunal es concluyente en sostener que el control de los actos primordialmente discrecionales encuentra su ámbito de actuación, por un lado, en el respeto de la *legalidad*, conformada por los elementos reglados de la decisión (entre los que cabe encuadrar, esencialmente, a la competencia, la forma, la causa y la finalidad del acto) y por otro, en el examen de su *razonabilidad* o ausencia de arbitrariedad. En ese orden, también se señaló que es la *legitimidad* (constituida por la *legalidad* y la *razonabilidad*) con que se ejercen las facultades discrecionales, 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 su cumplimiento, sin que ello implique la violación del principio de división de los poderes que consagra la Constitución Nacional

(Fallos: 315:1361; 319:1201; 320:2509; 331:735). En cualquier caso, el control judicial de la actividad administrativa en sus diversos campos, incluido el de la discrecionalidad, no puede traducirse en la sustitución de los criterios de oportunidad, mérito y conveniencia adoptados por el órgano competente, de conformidad con las pautas definidas por el legislador.

10) Que, en tal sentido, el análisis pormenorizado del fallo cuestionado permite concluir que el *a quo* no valoró adecuadamente la causal que la Dirección Nacional de Migraciones invocó para cancelar el permiso precario con el que contaba la peticionaria y disponer su expulsión del país; esto es, la condena por el delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización agravado por la participación de tres o más personas a la pena de seis años de prisión.

Si bien la actora planteó en sede administrativa el derecho a la reunificación familiar, la administración decidió no admitir esa excepción sobre la base de la entidad y gravedad del delito por el que fue condenada (fs. 10/11, 25/27, 37/40, 70/71, 72, 76/79, 92/93 y fs. 106/108, expediente administrativo 20911692006). En estos términos, la negativa a conceder la dispensa -que, se recuerda, es de orden excepcional- fue adoptada dentro del ámbito de valoración que la ley atribuye a la autoridad de aplicación. Sin embargo, la sala interviniente se limitó a excluir el criterio administrativo por el propio sobre la base de sostener que la solución tomada por la autoridad administrativa no resulta razonable con base en la



Corte Suprema de Justicia de la Nación

legislación citada [...] y la transcripta por la señora Jueza de la anterior instancia (fs. 443 vta.).

11) Que el fallo apelado tampoco constituye una interpretación atendible del artículo 29 de la ley 25.871, pues en la solución legislativa la "reunificación familiar" no es un derecho absoluto. Y, por cierto, la sentencia recurrida no ha dado argumentos suficientes para acreditar que la causal por la que se resolvió la expulsión de la actora (artículo 29, inciso c, ley 25.871) importe una injerencia *arbitraria* en las relaciones de familia o contenga una finalidad persecutoria o discriminatoria.

En tales términos, la fórmula legislativa no agravia al pluralismo y diversidad en el que se afinsa nuestra máxima expresión de juridicidad y los tratados internacionales de protección de los derechos humanos (artículos 16, 19, 33, 75 incisos 17, 22 y 23, Constitución Nacional; artículo 1º, Convención Americana sobre Derechos Humanos; artículo 2º, Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Convención Internacional sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial). En efecto, al establecer las causales de expulsión de extranjeros (en el caso, el citado inciso c, del artículo 29) no parte de motivaciones basadas en la etnia, la raza y/o la religión del migrante, supuestos tradicionalmente considerados como "categorías sospechosas" de discriminación. Por el contrario, la ley se apoya en parámetros de tipo objetivo -en autos, la condena penal por la comisión de delito-, en los

que la nacionalidad del extranjero expulsado resulta irrelevante.

Sobre tales bases, el decisorio cuestionado arribó a una conclusión que desnaturalizó los alcances de la normativa migratoria, al propio tiempo que desconoció el carácter excepcional y discrecional de la dispensa, omitiendo ponderar, en debida forma, las razones que sostuvieron el criterio de la Administración.

12) Que, asimismo, corresponde tener presente que en esta causa la reunificación familiar invocada no incluye prioritariamente a menores de edad sino a personas adultas, por lo que no resulta aplicable de modo decisivo en autos la noción de *interés superior del niño*, reconocido por cláusulas de rango constitucional (artículo 75, inciso 23, de la Constitución Nacional), de jerarquía constitucional (artículo 3° de la Convención de los Derechos del Niño, incorporada por el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional), de nivel legal (artículo 3° de la ley 26.061) y de naturaleza jurisprudencial (doctrina de Fallos: 318:1269; 322:2701, doct. Fallos: 342:459, voto del juez Rosatti).

13) Que, en definitiva, el fallo en análisis no asumió adecuadamente: *i)* que en el diseño del artículo 29 de la ley 25.871 la reunificación familiar no es un derecho absoluto; *ii)* que la obtención de una dispensa como la pretendida es excepcional y, por ende, de procedencia restrictiva (arg. doct.



Corte Suprema de Justicia de la Nación

Fallos: 302:1116; 306:467; 314:1027; 316:1754 y 318:1226); y *iii*) que no se probó en autos la irrazonabilidad del fundamento que sostiene a la decisión administrativa, ni su carácter discriminatorio.

Por ello, habiendo dictaminado el señor Procurador Fiscal, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada. Con costas en el orden causado atento a la naturaleza de las cuestiones debatidas (artículo 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Vuelvan los autos al tribunal de origen para que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo al presente. Notifíquese y, oportunamente, remítase.

Recurso extraordinario interpuesto por la **Dirección Nacional de Migraciones, demandada en autos**, representada por el **Dr. Alejandro María Ruilópez**.

Traslado contestado por **Zoyla Cristina Barrios Rojas, actora en autos**, con el patrocinio letrado del **Dr. Juan Martín Hermida**.

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

Tribunal que intervino con anterioridad: **Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal n° 3**.