



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE MENDOZA - SALA B
FMZ 40394/2017/CA1

Mendoza, 11 de febrero de 2019.

Y VISTOS:

Los presentes autos: n° **FMZ 40394/2017/CA1**, caratulados: **“DIRECCIÓN NACIONAL DE MIGRACIONES S/RECURSO ART. 69 SEPTIES LEY 25871 (LIN YUYAN) Y OTRO S/ORDEN DE RETENCIÓN - MIGRACIONES”** venidos a conocimiento de esta sala “B” para resolver el recurso de apelación deducido la Dirección Nacional de Migraciones contra la resolución de fs. 178/184 vta.,

CONSIDERANDO:

1º) Que a fs. 185/189 vta., el Dr. Alfredo Garro, en representación de la Dirección Nacional de Migraciones, apela y expresa agravios contra la resolución de fs. 178/184 vta.

Expresa que se agravia por cuanto el a quo considera que su parte no efectuó un correcto test de razonabilidad, imputando un desconocimiento de razones humanitarias de reunificación familiar.

Señala que para que resulte operativa la teoría de la actora, la irrazonabilidad debería surgir de a) no respetar el principio de proporcionalidad, b) por utilizar un medio no idóneo para alcanzar el fin perseguido y c) por no respetar el principio de igualdad.

Agrega que el órgano administrativo, en uso de sus facultades, no hizo más que aplicar la norma migratoria sin que se avizore ningún rasgo de arbitrariedad o ilegalidad en la decisión adoptada.

Dice que sin perjuicio de que la aplicación de la dispensa excepcional de la norma citada es de carácter facultativa y no un imperativo de la Dirección Nacional de Migraciones, lo cierto es que la actora no aporta elementos que permitan revertir la medida atacada, y someter su trámite a la dispensa excepcional, prevista en la ley migratoria.

Afirma que no existe en autos criterio de reunificación familiar que permita a la actora la obtención de la dispensa ministerial, otorgada en el art. 29 *in fine*.

Dice que una persona “no nata” no es de ninguna nacionalidad, dado que, la nacionalidad se determina por el lugar de nacimiento, y no necesariamente existe ni la más mínima certeza de que el mismo nacerá en la República Argentina y que amén de ello, dicha alegación no fue acreditada en el expediente administrativo, intentándose ahora alterar el acto correctamente dictado por su mandante.



Manifiesta que el interesado no acredita -más allá del título de padre que genéricamente invoca-, una conducta congruente y consecuente con las obligaciones que conlleva el desempeño del rol familiar, no prueba en qué medida colabora con el mantenimiento del hogar y/o la educación de sus hijos, no trae prueba alguna tendiente a acreditar que hubiera convivido y/o, menos aún, que lo haga actualmente junto a su familia y además no aportó indicio para demostrar haber sido y/o ser el sostén económico.

Expresa que sin perjuicio de lo expuesto, tampoco convence los fundamentos esgrimidos, puesto que como se tiene entendido, la dispensa es de reserva discrecional de la Administración. Que los jueces no pueden sustituir el criterio de la Administración que ordena la expulsión de una persona extranjera, salvo que se demuestre que ha mediado un error de hecho o de derecho, una omisión o un vicio con entidad suficiente para invalidarla.

Dice que entre los objetivos de la ley 25.871 no solo encuentra el resguardo del derecho a la reunificación familiar, sino también la promoción del orden internacional y la justicia, denegando a tal efecto el ingreso o la permanencia en el territorio argentino a personal involucradas en actos reprimidos penalmente por nuestra legislación, y el derecho a la reunificación familiar, no debe ser interpretado aisladamente, sino en armonía con la potestad de la administración de impedir el ingreso y permanencia de extranjeros.

Solicita se revoque el fallo dictado, con costas a la actora.

Hace reserva del caso federal.

2º) Que vienen a conocimiento y decisión de esta alzada las presentes actuaciones, en virtud del recurso de apelación deducido por el apoderado de la Dirección Nacional de Migraciones, contra la resolución de fs. 178/184 vta. por la que se dispone hacer lugar al recurso judicial deducido por la Sra. Yuyan Lin y se revocan las resoluciones administrativas de la Dirección Nacional de Migraciones -Disposiciones Nros. 83464/2017 de fecha 2/5/2017 y 189103 de fecha 29/9/2017, recaídas en el Expte. 178027/2016, por las que se declaró irregular la permanencia de la nombrada y se ordenó la expulsión del Territorio Nacional, con prohibición de reingreso al país por el término de 5 años, a partir del 9/5/2017.

3º) De las constancias de la causa, surge que la extranjera Yuyan Lin, de nacionalidad china, ingresó al territorio nacional eludiendo el control migratorio, por cuanto su situación quedó encuadrada en el impedimento para ingresar y permanecer en





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE MENDOZA - SALA B
FMZ 40394/2017/CA1

nuestro país, establecido en el artículo 29, inc. k) de la ley 25.871, que establece: “*Serán causas impeditivas del ingreso y permanencia de extranjeros en territorio nacional:... k) Intentar ingresar o haber ingresado al territorio nacional eludiendo los controles migratorios, o por lugar o en horario no habilitados al efecto*”.

Que la Dirección Nacional de Migraciones, mediante Disposición Nro 83464 de fecha 02/05/2017 declaró irregular la permanencia de la extranjera Yuyan Lin en el país y ordenó su expulsión, prohibiéndole el reingreso por el término de 5 años. (v. fs. 24/27).

Contra dicha resolución, la Sra. Lin, presentó recurso jerárquico, el cual fue rechazado mediante Disposición Nro. 189103 de fecha 26/9/2017. (v. fs. 76/78).

Así, agotada la vía administrativa, la Dirección Nacional de Migraciones, eleva el recurso judicial deducido por la Sra. Lin junto con el informe previsto por el art. 69 septies y 70 de la Ley de Migraciones 25.871, ante el Juzgado Federal de San Luis y solicita que se expida sobre la procedencia de la retención. Asimismo se opone a la totalidad de la aprueba ofrecida por la actora, por entender que es improcedente inoficiosa e inconducente, por cuanto la litis se puede resolver con las constancias obrantes en las actuaciones administrativas.

El Sr. juez *a quo* dispone hacer lugar al recurso judicial deducido por la Sra. Yuyan Lin y revoca las resoluciones administrativas de la Dirección Nacional de Migraciones -Disposiciones Nros. 83464/2017 de fecha 2/5/2017 y 189103 de fecha 29/9/2017, recaídas en el Expte. 178027/2016, por las que se declaró irregular la permanencia de la nombrada y se ordenó la expulsión del Territorio Nacional, con prohibición de reingreso al país por el término de 5 años, a partir 9/5/2017.

4º) Que esta cámara dispuso como medida para mejor resolver, solicitar a la Sra. Yuyan Lin, adjunte a la causa, la partida de nacimiento de su hijo. (v. fs. 199)

Que a fs. 200/202 la Yuyan Lin, acompaña la partida de nacimiento de su hijo, [REDACTED] nacido en fecha 21 de diciembre de 2017, en Adrogué, Provincia de Buenos Aires.

5º) Que analizadas las constancias de autos, esta Sala “B” estima que debe rechazarse el recurso deducido, en virtud de las siguientes consideraciones:



En el recurso judicial deducido, la Sra. Lin denuncia como hecho nuevo que convive con su pareja el Sr. Lin Ronghan, desde el mes de noviembre del año 2016, y que cursa el sexto mes de embarazo, fruto de la dicha convivencia, por lo que invoca el principio de reunificación familiar y acompaña documentación respaldatoria. Solicita se revoque la Disposición 189103 y se ordene un nuevo acto que le permita regularizar su situación mediante una residencia precaria mientras se siga con el trámite a la categoría migratoria pertinente.

La Dirección Nacional de Migraciones es la autoridad de aplicación de la ley de 25.871 y quien tiene a su cargo el ejercicio de la política migratoria. En consecuencia, los jueces únicamente pueden ejercer su facultad de revisión a efectos de verificar la legitimidad de los actos administrativos que fueren dictados por dicho organismo, debiendo controlar que los mismos se ajusten a los parámetros de legalidad y razonabilidad.

Ahora bien, el art. 7 del decreto de necesidad y urgencia (DNU) N° 70 de fecha 27 de enero de 2017, que incorpora el artículo 62 *bis* al texto de la ley N° 25.871 (Boletín Oficial, 30 de enero de 2017), establece: “El otorgamiento de la dispensa establecida en los artículos 29 y 62 de la presente ley será una **facultad exclusiva** de la Dirección Nacional de Migraciones, **no pudiendo ser otorgada judicialmente**” (el destacado me pertenece).

La norma hace referencia a los supuestos de admisión excepcional de la radicación temporaria o permanente en el país de personas que encuadren en los supuestos de impedimento (art. 29) -como en este caso- o de cancelación de residencia (art. 62) y aleguen razones humanitarias, de reunificación familiar o de auxilio eficaz a la justicia para permanecer en Argentina.

La procedencia del control jurisdiccional de los actos de la administración surge de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 19.549, ha sido reafirmada por la jurisprudencia de los tribunales internos y reconocidos como parte integrante del debido proceso por los órganos internacionales de protección de los derechos humanos, especialmente, por la CIDH y por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE MENDOZA - SALA B
FMZ 40394/2017/CA1

En el examen de casos que involucran los derechos de los migrantes, tanto la CIDH como la Corte IDH, han subrayado **la necesidad de regular y restringir la discrecionalidad estatal**. La justicia, entendieron tales órganos, debe ocuparse de realizar, al menos, la supervisión esencial de la legalidad y racionalidad de las decisiones de la administración a fin de acatar las garantías consagradas en la CADH (CIDH, El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el sistema interamericano de derechos humanos. 7 de septiembre de 2007, párr. 12 y 13).

Recientemente, el Procurador Fiscal ante la CSJN, con remisión a la jurisprudencia de ese tribunal, sostuvo que "...en materia de extranjeros, por amplias que sean las facultades de la administración 'su ejercicio no puede ser absoluto ni discrecional. Si ello ocurre, es misión de los jueces acordar a esos derechos la correspondiente tutela'"(Dictamen del Procurador Fiscal en la causa "A. L. Pedro Roberto", del 09/02/2017, con cita del dictamen emitido en la causa S.C.FMP8104827112009/CS1, el 27/04/2016 . En igual sentido, Fallos 268:3963, considerando 6, "Arguello" citado en dictamen del Procurador Fiscal en "Zhang, Peili c/Dirección Nacional de Migraciones s/amparo ley 16.986", de fecha 27/04/2016 .En ese caso concreto, por ejemplo, el Procurador concluyó que la decisión administrativa que impidió la permanencia del actor en el país, carecía de base legal.

Por otro lado, en un sistema de control constitucional difuso como el nuestro, los jueces están llamados a asegurar la primacía de la Constitución Nacional y la convencionalidad de las normas y de todo acto que pueda generar la responsabilidad internacional del Estado. En ese sentido, la Corte IDH sostuvo que "la revisión por parte de un juez o tribunal es un requisito fundamental para garantizar un adecuado control y escrutinio de los actos de la administración que afectan los derechos fundamentales" (Corte IDH, Caso "Vélez Lóor v. Panamá". Sentencia del 23/11/2010, Serie C, nro. 218, párr. 126), por lo que deben extremarse las posibilidades de interpretación del principio pro actione, en el sentido más favorable al acceso a la jurisdicción (CIDH, Informe 105/99, Caso 10.194, Narciso Palacios (Argentina), 29/09/1999, párr. 61), conforme los pronunciamientos de la CIDH. La Corte IDH consideró, concretamente, que "...si bien los



Estados guardan un ámbito de discrecionalidad al determinar sus políticas migratorias, los objetivos perseguidos por las mismas deben respetar los derechos humanos de las personas migrantes" (Vélez Loor v. Panamá, párr. 97, Opinión Consultiva).

La CIDH tiene dicho que una orden de expulsión o deportación debe poder revisarse a partir de consideraciones humanitarias y de otro orden, sopesándolas en relación con el derecho de un Estado soberano de hacer cumplir una política de inmigración razonable y objetiva. (Cfr. CIDH, Caso "Wayne Smith, Hugo Armendáriz y otros (Estados Unidos)". Caso 12.562. 12/07/2010, párr. 5).

A ello, cabe agregar que, en los casos en que la expulsión de uno o ambos progenitores afecte el interés o los derechos de un niño, niña o adolescente, debe contarse con un procedimiento que permita verificar en todo momento la idoneidad y legitimidad de la medida, la que debe estar motivada en la ley, ser razonable y pertinente en el fondo y la forma. (Cfr. Corte IDH, Opinión Consultiva 17/2002 "Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, 28/08/2002, párr. 112 y 113.).

La construcción de éstos estándares permite concluir que, aun cuando los Estados tengan la facultad de establecer mecanismos de control de ingreso, permanencia y salida de su territorio, tales políticas deben ser compatibles con los derechos humanos de las personas migrantes. En concreto, cuando una orden de expulsión pueda afectar el derecho a la vida familiar y los derechos de niños, niñas y adolescentes, se debe extremar el control que sobre dicha decisión se ejerce, observando el cumplimiento de los requisitos legales para el dictado de un acto administrativo, pero por sobre todo, verificando la razonabilidad y proporcionalidad de esa medida.

El derecho internacional de los derechos humanos protege la vida privada y familiar y reduce a supuestos de excepción las posibilidades de separación de un niño/a de su núcleo familiar. Conforme el art. 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño, las medidas que impliquen la separación de padres e hijos deberán ser extremadamente excepcionales y ser sometidas a revisión judicial. (El derecho a la protección a la familia y la prohibición a las interferencias arbitrarias a la vida familiar se encuentran reconocidos a nivel del Sistema Interamericano en los artículos 11.2 y 17 de la Convención Americana, así como en los artículos V y VI de la Declaración Americana; del Sistema Universal de Derechos Humanos en los artículos 17 y 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE MENDOZA - SALA B
FMZ 40394/2017/CA1

Políticos, en los artículos 14 y 44 de la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares; y en los artículos 9, 10 y 16 de la Convención sobre los Derechos del Niño; del Sistema Africano en el artículo 18 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos; del Sistema Europeo en el artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales y del Sistema Árabe en el artículo 33 de la Carta Árabe de Derechos Humanos.).

Así, el Procurador Fiscal ante la CSJN, en casos que aún no han sido resueltos por el tribunal supremo, afirmó que: "...la ley 25.871 consagra un derecho subjetivo de las personas migrantes a la unidad familiar que determina tanto obligaciones positivas del Estado dirigidas a proteger razonablemente la unidad de la familia en el contexto migratorio, como obligaciones negativas a fin de evitar actos de la Administración que puedan ocasionar una injerencia arbitraria o abusiva en la vida familiar por razones migratorias. (Dictamen del Procurador Fiscal en "Zhang, Peili c/Dirección Nacional de Migraciones s/amparo ley 16.986", de fecha 27/07/2016). En tal sentido, "...el reconocimiento de la unidad familiar para acceder a la residencia permanente [...] no es un asunto discrecional sujeto al arbitrio de la autoridad administrativa. Por el contrario, al ejercer sus facultades administrativas la autoridad debe cumplir con las pautas objetivas que fija el orden legal y con el derecho a la unidad familiar de raíz constitucional".

Recientemente, aun tras la entrada en vigencia del DNU N° 70/2017, la jueza a cargo del Juzgado en lo Contencioso Administrativo Federal 11, consideró que debía dejarse sin efecto la resolución de la DNM por cuanto la situación personal de la actora "encuadra dentro de un concreto caso de pedido de reunificación familiar que se sustenta por la conducta de la actora y el tiempo de residencia en territorio argentino con el fin de educar y criar a sus hijos" (Juzgado en lo Contencioso Administrativo Federal N°11, Expediente "T.H.S c/EN-M. del Interior-DNM-Resol415 (Ex208306/09) y otro s/recurso directo DNM, expediente 35325/2012, del 23/02/2017).

Por último, se destaca que la República Argentina ha ratificado la totalidad de los instrumentos internacionales de derechos humanos adoptados, debiendo ahora cumplir con



sus obligaciones de respetar, garantizar y proteger los derechos humanos conforme el principio *pacta sunt servanda*.

La CSJN sostuvo que "...los países que han ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos están obligados a ejercer, aún de oficio, el control de convencionalidad, descalificando las normas que se opongan a dicho tratado. La descalificación constitucional de un precepto normativo se encuentra supeditada a que en el pleito quede palmariamente demostrado que irroga a alguno de los contendientes un perjuicio concreto en la medida en que su aplicación entraña un desconocimiento o una restricción manifiesta de alguna garantía, derecho, título o prerrogativa fundado en la Constitución. ("Rodríguez Pereyra Jorge Luis y otra c/Ejército Argentino s/daños y perjuicios", del 27/11/2012, Fallos 335:2333. En igual sentido, CNCAF, Sala I, Causa n° 6076/2011, "Velito Castillo, Luis Antonio c/EN-DNM-Ley 25871-Dips 1491/10 s/proceso de conocimiento", sentencia del 13/11/2014.).

En este caso, se encuentra en juego el derecho a la reunificación familiar de una persona menor nacida en este país, de padres extranjeros que conviven en este territorio. En cada una de las decisiones que se adoptan al respecto, está ínsita la responsabilidad internacional del Estado Argentino pero, por sobre todo, el proyecto de vida de una persona y su grupo familiar.

De confirmarse la orden de retención de la Sra. Yuyan Lin, solicitada por la DNM, con la consiguiente expulsión y prohibición de reingreso al país por el término de 5 años, se privaría al niño del derecho a la reunificación familiar, ya que el padre Sr. Lin Ronghang habita en el país y convive con la actora Sra. Yuyan Lin, vulnerándose con ello, derechos consagrados por nuestra Constitución Nacional y tratados internacionales ratificados por nuestro país.

En consecuencia, y habiendo invocado la Sra. Yuyan Lin el derecho a la reunificación familiar y acreditado el nacimiento de su hijo, y convivencia con el Sr. Lin Ronghang, conforme documentación obrante a fs. 200/202 y 111/126, respectivamente, bajen los autos a fin de que el a quo solicite a la Dirección Nacional de Migraciones, proceda de conformidad a lo establecido en art. 4° antepenúltimo y penúltimo párrafo, Dcto. 70/2017, que modifica la ley 25.871.





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE MENDOZA - SALA B
FMZ 40394/2017/CA1

Este ha sido el criterio recientemente sustentado por esta Sala B, en un caso análogo al presente, en los autos FMZ 7430/2013/CA1, caratulados “Dirección Nacional de Migraciones c/Yu Fan Fan s/Orden de retención-Migraciones”, en fecha 16/03/2018.

Por ello, es que corresponde rechazar el recurso de apelación deducido por la Dirección Nacional de Migraciones a fs. 185/189 vta., y en consecuencia confirmar la resolución recurrida de fs. 178/184 vta..

Por todo ello, **SE RESUELVE: NO HACER LUGAR** al recurso de apelación deducido a fs. 185/189 vta.. por la Dirección Nacional de Migraciones, y en consecuencia confirmar la resolución de fs. 178/184 vta.. Bajen los autos, a fin de que el *a quo* SOLICITE a la Dirección Nacional de Migraciones proceda de conformidad a lo dispuesto en el art. 4º antepenúltimo y penúltimo párrafo del Dcto. 70/2017, que modifica la Ley 25.871.

Protocolícese. Notifíquese. Publíquese.

Vocalía 3

Firmado: Dres. Olga Pura Arrabal, Alfredo Rafael Porras y Gustavo Castiñeira de Dios.

