

DOS MINUTOS DE DOCTRINA

19 de marzo de 2019

HABERLO PENSADO ANTES...

*Es lógico que violar la ley tenga consecuencias desagradables.
Pero eso es, precisamente, uno de los objetivos del derecho.*

Luis es un caballero peruano, residente en la Argentina. Lo de “caballero” es un modo de decir, como se verá.

En febrero de 2015, fue condenado por la justicia argentina a la pena de cuatro años y cuatro meses de prisión por haber cometido dos delitos: un primer robo agravado por su comisión con armas y un segundo, agravado por su comisión en poblado y en banda y por la intervención de un menor de dieciocho años, en grado de tentativa.

Poco tiempo después, la Dirección Nacional de Migraciones ordenó su expulsión de la Argentina y le prohibió reingresar al país por quince años.

Luis apeló esta última decisión, primero ante las autoridades administrativas, donde fracasó, y luego en la justicia.

La jueza que intervino confirmó la medida, primero porque la situación de Luis “encajaba en los impedimentos para ingresar y permanecer en el territorio nacional” y en segundo lugar porque advirtió que no se había incurrido “en ilegalidad o arbitrariedad en las medidas adoptadas” y que el procedimiento administrativo correspondiente había sido respetado.

Los impedimentos para ingresar y permanecer en la Argentina que mencionó la jueza están fijados por la Ley de Migraciones. Esta norma autoriza a la Dirección Nacional de Migraciones, a admitir *excepcionalmente por razones humanitarias o de reunificación familiar* a ciertos extranjeros que, de lo contrario, tendrían prohibido entrar al país.

La jueza que analizó la situación de Luis consideró que esa dispensa que puede otorgarse a ciertos extranjeros para ingresar y permanecer en la Argentina a pesar de haber cometido delitos (bajo el argumento de la reunificación familiar) era “una facultad discrecional y excepcional”, que la Dirección de Migraciones había decidido (legítimamente) no aplicar en este caso.

Pero además, en virtud de un decreto de necesidad y urgencia dictado por el Poder Ejecutivo en enero de 2017 (que, en pocas palabras, “endureció” el régimen migratorio para los extranjeros que cometen delitos en la Argentina), la jueza ordenó *la retención* de Luis.

La retención es un mecanismo por el cual, cuando se ordena que un extranjero sea expulsado, éste queda detenido el tiempo necesario hasta que efectivamente salga del

país. Pero a partir del decreto de 2017, la retención puede prolongarse lo necesario hasta que se agoten todos los recursos pendientes. (En otras palabras, cuantas más apelaciones se presenten, más tiempo durará la retención).

A Luis no le gustó el razonamiento de la jueza ni, por supuesto, quedar retenido y apeló nuevamente.

Entre sus argumentos, señaló que la magistrada había omitido considerar que él (Luis) contaba en la Argentina con su grupo familiar (incluida una hija menor de edad nacida en la Argentina) y que la única razón por la cual se le negaba la reunificación familiar era por haber cometido un delito. En opinión de Luis, ése no sólo no era un motivo válido sino que afectaba “el interés superior de su hija de vivir junto a su padre”.

Luis también argumentó que la jueza no había llevado a cabo “un test de razonabilidad y/o prueba de equilibrio en el caso concreto”, pues no tuvo en cuenta que Luis era residente en la Argentina desde 2008, padre de una menor de edad nacida en el país y que aquí también vivían sus padres y hermanos con radicación permanente.

También planteó que la extensión del plazo de retención establecida por el decreto de 2017 era inconstitucional.

Cuando la Cámara analizó el caso¹, recordó que la ley prohíbe el ingreso y permanencia de extranjeros en el territorio argentino si han sido condenados por tráfico de armas, de personas, de estupefacientes o por lavado de dinero o inversiones en

¹ In re “Vega Rodríguez c. Estado Nacional”, CContAd Fed (I), 14 de noviembre de 2018; expte. 60751/2017; *elDial.com* AAAE95; 9 enero 2019

actividades ilícitas o delito que merezca una pena privativa de la libertad de tres años o más. “Esa situación [es] de carácter eminentemente objetivo —dijo la Cámara— y es la que se verifica en este caso”, ya que Luis había sido condenado a cuatro años de prisión.

Para los magistrados, otorgar o rechazar una dispensa de los impedimentos para ingresar y permanecer en la Argentina era una facultad discrecional y excepcional del Poder Ejecutivo y que había sido ejercida razonablemente.

Con respecto al supuesto desconocimiento del derecho de Luis a la reunificación familiar, los jueces dijeron que ese derecho debía ser analizado junto a la potestad estatal de regular y condicionar la admisión de extranjeros en el país.

En su opinión, la decisión gubernamental de expulsar a Luis fue tomada sobre la base de todos los argumentos puestos a consideración de la Dirección de Migraciones (incluyendo los documentos referidos a la paternidad de Luis) —e idénticos a los presentados ante la justicia—. Por lo tanto no debía ser revisada, porque estaba *debidamente motivada* y constituía el ejercicio de una *facultad discrecional*.

Sobre la posible inconstitucionalidad del decreto que prolongó los plazos de retención, los jueces dijeron que Luis debió haber probado por qué esa norma violaba la Constitución. Para eso, debería haber demostrado qué aspectos concretos del decreto lo afectaban, en lugar de cuestionarlo de modo genérico.

Por esas razones, la apelación de Luis fue rechazada y se confirmó la orden de expulsarlo de la Argentina y prohibirle el reingreso por quince años. Pero...

La sentencia genera sentimientos encontrados. Por un lado, parece de estricta justicia que se impida permanecer en la Argentina a quien, amparándose en la flexibilidad de la legislación migratoria, vino a este país a delinquir, no una sino al menos dos veces. Sobre todo si los delitos no se basaron en culpa o imprudencia (como podría ocurrir en el caso de ciertos accidentes automovilísticos) sino en episodios dolosos y premeditados (como fue hacer intervenir a un menor de dieciocho años en un robo para intentar asegurarse impunidad).

Pero, por otro lado, el hecho de que la Argentina sea parte de una Convención sobre los Derechos del Niño que reconoce el interés superior de los infantes como una de sus bases ideológicas, parece chocar con la prohibición de que un padre vea a su hija por dieciocho años.

En efecto, la Convención obliga a los estados que la firmaron “a tomar todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, *las actividades*, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres...”

Pensamos que la sentencia debería haber profundizado sobre las razones por las

cuales entendió que las facultades discrecionales del Poder Ejecutivo tenían primacía sobre principios como el enunciado.

No estamos diciendo que la sentencia esté necesariamente equivocada; sólo nos parece que cuando la argumentación de una sentencia es expuesta de modo endeble, puede ser mal usada en casos futuros.

El posible choque entre normas de alcance doméstico y nuestras obligaciones internacionales es una cuestión delicada.

Al mismo tiempo, también es delicado mantener el necesario valor disuasivo de las leyes penales. Si cometer delitos no merece sanción alguna (o ni siquiera una reflexión previa por parte del delincuente acerca de cuáles podrían ser las consecuencias de su delito), confiar en que sólo la formación moral de los residentes en la Argentina hará el resto es ilusorio. Así como es seguramente ilusorio pensar que la presencia de un padre como Luis será beneficiosa para su hija.

Pero esto deberían haberlo dicho los jueces, no nosotros.

* * *

Esta nota ha sido preparada por Juan Javier Negri. Para más información sobre este tema pueden comunicarse con el teléfono (54-11) 5556-8000 o por correo electrónico a np@negri.com.ar.

**Este artículo es un servicio de Negri & Pueyrredon Abogados a sus clientes y amigos.
No tiene por objeto prestar asesoramiento legal sobre tema alguno.**