



Poder Judicial de la Nación

JUZGADO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
FEDERAL 5

43011/2011

C.C.R c/ EN- M° INTERIOR-RESOL 715/11-DNM (EXPTE
808848/08) s/RECURSO DIRECTO PARA JUZGADOS

Buenos Aires, de agosto de 2015.

Y VISTOS; CONSIDERANDO:

I.- Que a fs. 2/22, la recurrente, se presenta junto al Defensor Público Oficial Subrogante, a fin de interponer recurso judicial, en los términos del art. 84 de la ley 25.871 contra la Disposición Ministerio del Interior N° 715, correspondiente al expediente N° 808.848/2008 del Registro de la Dirección Nacional de Migraciones del 13/06/11, por causarle gravamen irreparable.

Explica que por medio de la resolución recurrida se declara irregular su permanencia en el país, y se ordena su expulsión del territorio nacional, la que se hará efectiva una vez cumplida la pena o cesado el interés judicial de la permanencia de la extranjera en el territorio nacional o por encuadrar en el art. 64° de la ley 25.871 (art. 1°). El art. 2° de la ley citada, por su parte, prohíbe el reintegro al país de la extranjera por el término de 8 años.

Relata que ingresó al país en el año 2000, con la intención de trabajar en el rubro gráfico, al llegar vivió con su hermana, quien ya se encontraba viviendo en la Argentina, pasados siete meses conoció a quien es el padre de su hija, nacida el 24/04/01.

Pasados unos años de convivencia con el padre de su hija, se separa y vuelve a la casa de su hermana, donde se realiza un allanamiento y se la detiene permaneciendo privada de la libertad por tres años.

Expone que consiguió trabajo, pese a no poseer documentos, y que con el ingreso mantiene los estudios de su hija, la cual asiste a un instituto privado incorporado a la enseñanza oficial, donde se ha sentido siempre contenida por la comunidad educativa.

Agrega que actualmente y por la difícil situación que atraviesa tanto económica como habitacional, su hija se encuentra viviendo por disposición del Juzgado Civil N° 7 en los autos “C.C.Rc/ Cáceres Rodríguez Willy s/ régimen de visitas”, unos días a la semana con su ex concubino y otros en el domicilio de la interesada. Aduce la falta de trabajo estable dado que no ha podido regularizar su situación migratoria en virtud del antecedente penal que registra, y que sin perjuicio de ello su presencia en el grupo familiar no solo garantiza medios económicos sino también lazos afectivos y espirituales para el correcto desenvolvimiento de la hija en sociedad. Luego, hace referencia a distintos parientes que viven en el país.

Entiende que se encuentra amparada por lo establecido en la ley 25.871, en la Constitución Nacional a través de lo establecido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Declaración de Derechos y Deberes del Hombre, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Convención Sobre Derechos del Niño. Cita la primacía del instituto de la reunificación familiar, configurando la expulsión del país la violación del derecho a la vida en familia. Abunda en cuanto a la normativa internacional relacionada al caso.

Ofrece prueba y hace reserva del caso federal.

II.- Que a fs. 85/96 la representación de la Dirección Nacional de Migraciones formula su responde, solicitando el rechazo de las pretensiones de su contraria, con expresa imposición de costas. Después de la negativa genérica respecto de lo manifestado por la actora, sostiene que fue condenada como coautora de los delitos de tenencia de sustancias estupefacientes con fines de



Poder Judicial de la Nación

JUZGADO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
FEDERAL 5

comercialización (art. 5 inc. c de la ley 23.737), con pena de cuatro años y seis meses de cumplimiento efectivo.

Luego, el 22/12/08, la Dirección Nacional de Migraciones dictó la Disposición que declara irregular la permanencia en el país de la extranjera y ordena su expulsión del territorio nacional. Agrega que la Disposición de la Dirección y luego la Disposición del Ministerio del Interior, cuya validez impugna, se ajusta a lo dispuesto por el art. 29 inc. c) de la ley 25.871. Añade que la situación de la extranjera se halla comprendida en los impedimentos para ingresar o permanecer en el territorio nacional, es decir que se encuentra configurado uno de los supuestos objetivos previstos como causa de impedimento para conceder la residencia.

Expresa que no se advierte menoscabo a los derechos de la accionante, por violación o inobservancia de lo establecido en la normativa procesal administrativa, cita jurisprudencia, ofrece prueba y hace reserva del caso federal.

III.- Que a fs. 198 se cierra la etapa probatoria, poniéndose los autos en Secretaría para alegar. A fs. 217/220 presenta su alegato la demandada y a fs. 222/226vta. hizo lo propio la actora, quedando a fs. 227 los autos en estado de dictar sentencia.

IV.-Que conforme constancia administrativas aportadas (sobre nº 3830), en la causa “C.C.Gy otros s/ Contrabando de estupefacientes” que tramitara ante el Tribunal Oral en lo Penal Económico Nº 2 con fecha 26/08/08 el Tribunal resolvió: “Condenar a R.C.C(de nacionalidad boliviana, nacida en Valle Grande el 29/05/76) ... como co-autora de los delitos de tenencia de sustancias estupefacientes con fines de comercialización (art. 5 inc. c de la ley 23.737)... a sufrir las siguientes penas... a) cuatro años y seis meses de prisión de cumplimiento efectivo..., c) Inhabilitación absoluta por el tiempo de condena para el ejercicio de la patria potestad, la

administración de los bienes y del derechos de disponer de ellos por actos entre vivos...

(vide.fs. 1).

El 22/12/08 se dictó la Disposición DNM 094419, en la cual teniendo en cuenta el oficio librado por el Tribunal Oral en lo Penal Económico N° 2 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, se determinó que la situación de la encartada se halla prevista en el supuesto previsto en el inc. c) del art. 29 e inc. j) del artículo 3 de la ley 25.871. Se añade que la aquí actora no registra antecedentes migratorios, y en base a ello se dispone declarar irregular la permanencia en el país de la extranjera R.C.C de nacionalidad boliviana, nacida el 29/05/76, y se ordena su expulsión del territorio nacional, la cual se hará efectiva una vez cumplida la pena o cesado el interés judicial de la permanencia de la extranjera en el territorio nacional o por encuadrar en las previsiones del artículo 64° de la ley 25.871.

Asimismo, se prohíbe el ingreso al país de la extranjera citada en el artículo anterior por el término de 8 años (ver fs. 11/13).

Luego se comunica que el Juzgado de Ejecución Penal N° 3, Secretaria única concedió a la actora con fecha 6/01/09 el beneficio de libertad condicional, quedando sujeto al control y cumplimiento de las clausulas compromisorias art. 13 C.P., por parte del Patronato de Liberados de la Capital Federal hasta el vencimiento fijado (fs. 16).

A fs. 26/27, la actora interpone Recurso de Reconsideración contra la Resolución N° 094419, que declaró irregular su permanencia.

V.- Que en base al recurso presentado, con fecha 14/07/09 la Dirección de Asuntos Legales, emite dictamen en el cual se deja sentado que habiéndose realizado un examen exhaustivo



Poder Judicial de la Nación

JUZGADO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
FEDERAL 5

de autos, se desprende que la situación de la causante se encontraría alcanzada por el procedimiento de excepción que regula el art. 29 in fine de la ley 25.871.

Luego la Dirección General Técnico Jurídica, con fecha 10/03/10 emite nuevo dictamen, en el cual mantiene el criterio sentado precedentemente y agrega que la Disposición recurrida reúne todos y cada uno de los requisitos esenciales del acto administrativo previstos en el art. 7º de la ley 19.549, en cuanto ha sido dictado por autoridad competente, se sustenta en los hechos y antecedentes que le sirvieron de causa y en el derecho aplicable, tiene objeto cierto, se han cumplimentado los procedimientos esenciales y sustanciales previstos y los que resulten implícitos del ordenamiento jurídico, se halla motivado y cumple con las finalidades perseguidas por las normas que otorgan las facultades del órgano emisor.

Por lo tanto, recomienda el rechazo el que se hizo efectivo a través de la Disposición 1774 del 01/09/10, la que considerando los antecedentes reseñados y los artículos 29 inc. c), 29 in fine, 75 y 79 de la ley 25.871 rechaza el recurso de reconsideración interpuesto por la extranjera. Igual resultado obtuvo en el recurso de alzada.

VI.- Que la ley 25.871 en su artículo 3º dispone que son sus objetivos: j) 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.

El art. 29 “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...”.

Asimismo, el último párrafo del art. 25 establece 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”.

VI.-Que el art. 80 de la ley citada determina que el recurso judicial y la consecuente intervención y decisión del órgano judicial se limitarán al control de legalidad, debido proceso y de razonabilidad del motivo de impugnación.

A tenor de lo expresado cabe preguntarse si esta limitación a la revisión del Poder Judicial ejerce sobre los actos de la Administración cumple con el requisito de “control judicial suficiente” impuesto en nuestro sistema jurídico por vía pretoriana desde el Fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en “Fernandez Arias c/ Poggio”.

VII.- Que sin perjuicio de ello, la respuesta al caso de autos se halla en parte en el propio Preámbulo de la Constitución Nacional en cuanto dispone que su objeto es el de constituir la unión nacional, afianzar la justicia, consolidar la paz interior, proveer la defensa común, promover el bienestar general y asegurar los beneficios de la libertad, para nosotros y para todos los hombres del mundo que quieran habitar en el suelo argentino.

A mayor abundamiento, el principio de respuesta se halla en los arts. 14 y 14 bis donde se expresa que todos los habitantes de la nación gozan de los siguientes derechos conforme las leyes que reglamentan su ejercicio, contando entre ellos, el de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino.



Poder Judicial de la Nación

JUZGADO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
FEDERAL 5

Por su parte, el art. 18 , in fine de la Constitución Nacional expresa que “Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija , hará responsable al juez que lo autorice”.

En síntesis, la cárcel no es para castigo de los reos sino para su seguridad, la actora, como habitante del país, goza de los derechos de entrar, salir y permanecer del territorio argentino y la Constitución la incluye, desde su Preámbulo, con el objeto, entre otros de constituir la unión nacional y consolidar la paz interior.

Por su parte, el art. 20 establece que “Los extranjeros gozan en el territorio de la Nación de todos los derechos civiles del ciudadano; pueden ejercer su industria, comercio y profesión; poseer bienes raíces, comprarlos y enajenarlos; navegar los ríos y costas; ejercer libremente su culto, testar y casarse conforme a las leyes. No están obligados a admitir la ciudadanía, ni a pagar contribuciones forzosas extraordinarias. Obtienen nacionalización residiendo dos años continuos en la Nación, pero la autoridad puede acortar ese término a favor del que lo solicite, alegando y prestando servicios a la República”.

VIII.- Que en supuestos como el de autos, resulta impropio del debido proceso adjetivo consagrado en los tratados internacionales que el Tribunal se vea obligado a decidir sobre la vida de una persona sin que la ley hay previsto siguiera una audiencia para conocer a quién reclama quedarse en la Argentina y que la autoridad administrativa no acepta y ordena su expulsión. Ello, más allá que está comprendida en las facultades que el art. 36 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación nos acuerda a los jueces la posibilidad de designar una audiencia para tener una visión

directa y personal de alguien , cuya vida futura se decidirá sin haberla vista.

No obstante ello, en el sub judice la situación de la actora puede resolverse sin hacer uso de tal facultad

Ciertamente, esto es así, pues como lo han dicho los propios constituyentes, la incorporación a la reforma de 1994 de la Constitución Nacional en el art. 75, inciso 11 “...aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes: La Declaración de Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; La Convención Americana sobre Derechos Humanos; El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; La Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; La Convención sobre la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes ; la Convención sobre los Derechos del Niño, en las condiciones de su vigencia tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de la Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional” ha sentado entre las bases del llamado “principio pro homine” en el sentido que el derecho debe, en todo momento, tener como meta la



Poder Judicial de la Nación

JUZGADO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
FEDERAL 5

preservación de los derechos humanos , lo que justifica la propia existencia del estado y del poder llamado comúnmente exorbitante que se le reconoce en el derecho administrativo.

Ya se ha pronunciado, la Excma. Cámara del Fuero en el sentido que el paradigma ha cambiado, el Estado goza de privilegios, poderes y prerrogativas propios como lo reconoce la propia Constitución nacional, pero tales prerrogativas solo pueden ser justificadas en que tiendan a asegurar el respeto de los Derechos Humanos. (conf. doc. CNCAF, Sala V, in re “Barrios Rojas Zoyla Cristina c/ EN – DNM- Resol. 561/11 (exp. 805462/95) y otro s/ recurso directo para juzgados” del 31 /3/ 2015)

IX.- Que como bien lo expresa la Defensoría Pública Oficial en el caso concreto debe efectuarse un test de razonabilidad dado que la actora ha sido condenada y cumplido su condena por un delito que conlleva a la expulsión del país, sin perjuicio de lo cual se faculta a la autoridad administrativa, en casos excepcionales, a admitir la permanencia de quién sufre tal tacha en el país por razones debidamente fundadas.

En el presente caso, y se encuentra debidamente acreditado con la prueba documental acompañada, la recurrente vive en el país desde el año 2001, esto es hace trece años. Además, aquí se halla radicada toda la familia de la actora, a saber: su madre, sus hermanas, su cuñado, sus sobrinos el marido de su sobrina y fundamentalmente sus dos hijas menores de edad A.C.C de trece años y L.D.C de un año de edad. Asimismo, la actora no tiene familiares directos en su país de origen.

La actora tiene varios trabajos, entre ellos en una verdulería en el mercado central, cuida niños y / o ancianos y ocasionalmente se desempeña como empleada del servicio doméstico a fin de obtener el sustento económico para ella y sus hijas.

X.- Que el vínculo que une a la Sra. Raquel Céspedes Cruz con su hija mayor , surge del expediente civil aportado como prueba “C.C.Ry otro c/ Cáceres Rodríguez Willi s/ Régimen de Visitas” expte N° 13.919/2009 que tramitara en el Juzgado N° 7 en lo Civil de la Capital Federal (Sobre 4022), del cual resulta que la actora promovió demanda a fin de obtener un régimen de visitas , ya que al haber estado detenida, su hija se encuentra a cargo del papá y de una tía, concurre a un colegio privado , a un instituto de inglés y es una excelente alumna, aunque en dichas actuaciones se da cuenta de las dificultades que el vínculo con su progenitora presenta por la desvinculación que se produjo en el momento de la detención carcelaria y que luego tuvo que interrumpir sus visitas por haber comenzado a trabajar como operaria en una fábrica de la zona de Moreno; manifestando los testigos que tiene una buena relación con la nena y la visita cada vez que puede. Así se dijo que es una buena madre , cariñosa y la visita los fines de semana, feriados y días libres que tiene ella; que está atenta y todo es para su hija, que la actora trabaja y le pasa una pensión a la nena (fs. 176).

Por otra parte, de la causa penal aportada sobre contrabando de estupefacientes causa N° 1691/08 que tramitara ante el Tribunal Oral en lo Penal Económico N° 2, se observa que en el mes de febrero de 2008, R.C

, quien en ese momento se encontraba en prisión, solicitó se le conceda arresto domiciliario ya que su hija sufría un cuadro traumático ocasionado por el alejamiento de la figura materna.

Respecto a la segunda niña, cuenta con sólo un año de edad y vive con su madre quién es su único sostén afectivo y económico.

XI.- Que corresponde señalar que el dictamen emitido por el Ministerio Público de la Defensa a requerimiento de este Juzgado, hace referencia al interés superior del



Poder Judicial de la Nación

JUZGADO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
FEDERAL 5

niño y a derecho a vivir junto a su madre y al fortalecimiento del vínculo.

Y es en este punto donde debe realizarse el test de razonabilidad que requiere la representación de la actora, poniendo en juego el derecho humano a la unidad familiar, con la norma que ordena expulsar del país a quien haya cometido un delito -como el caso de la actora- todo ello sin perjuicio de que la propia norma faculta a la autoridad administrativa a hacer una excepción de la norma que exige la expulsión por razones de unidad familiar. A ello debe sumarse que el término “podrá” incluido en la norma respecto a la autoridad administrativa debe entenderse como una facultad discrecional sin que se pueda asimilar a discrecionalidad o irrazonabilidad. Esto es, lo discrecional debe ser razonable y en el caso de autos no lo es (conf. doc. Sala V en el fallo antes citado).

En efecto, no puede obviarse que la actora cumplió la condena por el delito que cometió en el país, y tiene dos hijas menores de edad, ambas de nacionalidad argentina. Por lo tanto, más allá que entre los principios de derechos humanos incluidos en la ley migratoria no se haya incluido el principio del interés superior del niño, este principio resulta esencial para la protección de la infancia y la adolescencia y debe guiar el diseño y la ejecución de cualquier política pública que pueda afectar sus derechos.

Y es aquí, donde la resolución puesta en crisis recae en ilegalidad y arbitrariedad no sólo por vulnerar un principio humano fundamental cual es el pro homine, al separar a la migrante de su núcleo familiar y primordialmente de sus hijas, sino que además, no puede soslayarse que Argentina es parte de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (CDN) desde 1990 y que en el marco de ese instrumento la protección integral de la infancia debe primar sobre cualquier objetivo o interés de la política migratoria (conforme Opinión Consultiva de la Corte Interamericana

sobre los Derechos de la Niñez en el contexto de las Migraciones, OC 21 solicitada por Argentina y los demás miembros del Mercosur, en el año 2011).

FALLO:

Haciendo lugar al recurso directo interpuesto por la actora, y de conformidad a lo dictaminado por el señor Fiscal General, declarando la nulidad de la Resolución n°715/11 del Ministerio del Interior que declaró irregular la permanencia en el país de la extranjera R.C.C, de nacionalidad boliviana y ordenó su expulsión del territorio nacional prohibiendo su reingreso a la República Argentina por el término de ocho años. Las costas se imponen en el orden causado en atención a las particularidades de la cuestión debatida.

Regístrese, notifíquese, devuélvanse las actuaciones administrativas y oportunamente archívese.

María Alejandra Biotti

Juez Federal