



Poder Judicial de la Nación

JUZGADO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO  
FEDERAL 8

2728/2012

BENAVIDES AGUILAR MABEL LEIDY Y OTRO c/ EN-  
M°INTERIOR-RSL1072/11-DNM-RSL87560/09(EXP 242169/08)  
s/RECURSO DIRECTO DNM

Buenos Aires, de mayo de 2016.- GEG

**Y VISTOS; CONSIDERANDO:**

I. El Defensor Público Oficial Subrogante de la Defensoría Pública Oficial ante los Juzgados Federales de Ejecuciones Fiscales Tributarias, se presenta a fs. 2/16 (en representación de Mabel Leidy Benavides Aguilar -de nacionalidad Peruana- conforme copia del poder especial que acompaña) a los fines de interponer recurso judicial en los términos del art. 84 de la ley 25.871, contra la Resolución Ministerio del Interior n° 1072, recaída en el expediente n° 2.421.694/08 del registro de la Dirección Nacional de Migraciones, dictada el 9 de agosto de 2011 y que le fuera notificada el 5 de diciembre de 2011; y mediante la cual se le rechazó el recurso de alzada interpuesto por la referida extranjera contra la Disposición SDX N° 087560; disposición que declaró irregular su permanencia en el país y ordenó su expulsión del territorio nacional, prohibiéndole su reingreso a la República Argentina por el término de 8 años.

En primer lugar reseña los antecedentes obrantes en el expediente administrativo referido.

Señala que su representada llegó al país en el año 2.006 con tan solo 17 años, con el objetivo de poder estudiar la carrera de Administración de Empresas, hospedándose en la casa de su tía quien reside en esta Capital Federal.

Indica que conoció en el país a su novio Michelle Suárez Chávez, con quien convive actualmente en la casa de sus



padres, intentando formar una familia para el bienestar de su hijo por nacer.

Destaca que actualmente está embarazada y juntos esperan con gran ansiedad la llegada de su primer hijo.

Precisa que en el transcurso del año 2011 han llegado al país sus padres, quienes viven en la Provincia de Buenos Aires, y sus hermanos.

Afirma que sin embargo, y en virtud de un error cometido en el pasado, se le niega la posibilidad de continuar viviendo junto a su familia obligándola a emigrar a su país de origen en el cual no posee vínculos familiares o de amistad alguno, produciendo en su núcleo familiar un perjuicio irreparable, con consecuencias devastadoras desde el punto de vista físico, psicológico, material y espiritual para los integrantes de su familia y en especial de su hijo por nacer.

Posteriormente, realiza una fundamentación jurídica, señala el derecho que le asiste a tramitar su solicitud de residencia de conformidad con las normas internacionales e internas, indica las normas en juego y refiere a la primacía del instituto de la reunificación familiar.

Invoca la Convención sobre los Derechos del niño y advierte que su familia y especialmente su hijo por nacer son los que sufrirían las peores consecuencias derivadas de una eventual ejecución de la orden de expulsión del país dictada en su contra, atentando de este modo contra las prescripciones contenidas en la Convención referida y su contención implícita y explícita en la Ley Nacional de Migraciones, dado que privaría a su hijo de crecer junto a su padre en el mismo país.

Advierte que la expulsión del territorio es una medida flagrantemente inconstitucional, pues al ser decretada por el Poder Ejecutivo y dado que éste, con arreglo a la Constitución Nacional, no





Poder Judicial de la Nación

JUZGADO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO  
FEDERAL 8

puede imponer penas, su ejercicio por el poder administrador sería constitucionalmente repugnante.

Añade que nuestra Constitución Nacional y particularmente su Preámbulo implanta una política inmigratoria amplia y humanista a tono con el pensamiento de Alberdi.

Resalta que el fundamento de la expulsión del territorio colisiona con el alcance constitucional del fin resocializador de la pena; y que si bien la mayor parte de la doctrina tiende a ver en la expulsión de extranjeros una expresión o manifestación del ejercicio de la soberanía estatal, no se puede dejar de advertir que tal medida debe ser analizada y aplicada en cada caso concreto, concediéndoles a sus destinatarios todas aquellas garantías indispensables que lo pongan a cubierto de la arbitrariedad y los excesos del poder.

Refiere el principio constitucional *ne bis in ídem* (no dos veces por lo mismo) por el cual se proscribe que una misma persona pueda ser perseguida penalmente dos o más veces por el mismo hecho.

Señala que la doctrina ha establecido que el mismo debe presentar tres identidades: 1) el sujeto perseguido en ambos procesos debe ser el mismo, 2) el objeto de la persecución o hecho histórico que la motiva debe ser el mismo y 3) la causa o motivo de persecución debe ser idéntico.

Destaca que en el caso se puede vislumbrar claramente cómo se cumplen los 3 requisitos y como el Estado ha aplicado dos sanciones para el mismo hecho, vulnerando principios constitucionales.

Agrega que por un lado se tuvo una primera pena: prisión; y, por el otro, una segunda pena o sanción: expulsión, todo ello con el agravante de que las garantías que tiene el recurrente son



notoriamente menores que la establecidas en el proceso penal –según expresa-.

Informa que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha resuelto que las garantías judiciales deben ser aplicadas también en los procesos administrativos y es por ello que, un proceso respetuoso de esas garantías (defensa amplia, debido proceso) debería implicar por la naturaleza punitiva de la sanción las mismas garantías que ofrece nuestro ordenamiento penal, situación que no se verifica.

Concluye que con el dictado de la Resolución que se recurre se han violentado los principios de legalidad y de razonabilidad, por cuanto se ha vulnerado el régimen jurídico vigente, priorizando una interpretación sesgada y restrictiva de los derechos como es la expulsión del país que resulta ser mucho más gravosa que la pena misma que oportunamente se le impusiera por parte de la Justicia Criminal.

**II.** A fs. 58/68 la parte demandada contesta demanda.

En principio transcribe los hechos relevantes acaecidos en torno al Expediente Migratorio n° 2.421.694/08 correspondiente a la actora a los cuales me remito en honor a la brevedad.

Asimismo, hace una negativa genérica y específica de los hechos invocados por su contraria.

Señala que de la pormenorizada lectura del expediente, y en especial de los actos administrativos en cuestión no surge el menor menoscabo a la interesada por la normativa procesal administrativa, Ley 19.549, esto es, los requisitos esenciales del Acto Administrativo y su reglamentación ni por violación o inobservancia de lo establecido por la Ley 25.871 y su Decreto 616/2010.

Enfatiza que la Disposición SDX N° 487560, DNM N° 1961 y Resolución Ministerial n° 1072, cumplen enteramente con el Título III de la Ley 19.549.





Poder Judicial de la Nación

JUZGADO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO  
FEDERAL 8

Añade que los actos han sido dictados por autoridad competente, encontrándose todos ellos sustentados en los hechos y antecedentes que sirven de causa y en el derecho aplicable.

Esgrime que se ha resuelto el objeto de la petición respetando los procedimientos esenciales y sustanciales previstos en el ordenamiento jurídico, habiendo contado previamente y para ello, con los dictámenes provenientes de los servicios permanentes de asesoramiento jurídico de la Dirección Nacional de Migraciones.

Indica que su accionar se debió a lo informado por el Tribunal Oral en lo Criminal nº 4 de la Capital Federal el cual le comunicó que en la causa 1282 se condenó a la actora a la pena de 3 años de prisión por encontrarla penalmente responsable del delito de tenencia simple de estupefacientes por lo cual se hallaba inmersa dentro de los impedimentos normados en el art. 29 inc. c) de la ley 25.871 que establece que: “serán causas impeditivas del ingreso y permanencia de extranjeros al Territorio Nacional: Haber sido condenado o estar cumpliendo condena en la Argentina”.

Al analizar los argumentos vertidos por su contraria esgrime que el principio consagrado por el inc. d) del art. 3 del mentado plexo normativo por el cual establece entre otros objetivos el de “garantizar el ejercicio del derecho a la reunificación familiar” debe entenderse conjuntamente con lo prescripto por el art. 10 que reza: “El Estado garantizará el derecho de reunificación familiar de los inmigrantes con padres, cónyuges, hijos solteros menores o hijos mayores con capacidades diferentes”.

Asimismo, transcribe lo normado por el art.29 in fine de la Ley 25.871 en su parte pertinente que establece que “...La Dirección Nacional de Migraciones, previa intervención del Ministerio del Interior, podrá admitir excepcionalmente, por razones humanitarias o de reunificación familiar..... a los extranjeros comprendidos en el presente artículo”.



Es por ello que advierte que al momento de decidir la situación migratoria de la Sra. Benavides Aguilar, nunca se acreditó vínculo familiar alguno, debiendo decidir su situación con las constancias obrantes y que la dispensa excepcional no podría haber sido de aplicación en los presentes, toda vez que para que ello ocurra era condición necesaria que el extranjero al momento de resolver su situación migratoria, fuese padre, hijo o cónyuge de hijo argentino (de conformidad a lo normado en el art. 3, 10 y 22 de la Ley 25.871 y del Decreto 616/10) supuestos estos que no se encontraban ni encuentran acreditados en los actuados administrativos.

Resalta el carácter facultativo de esta dispensa previa intervención del Ministerio del Interior.

Finaliza diciendo que sobre la actora pesa una condena penal que la subsume dentro del impedimento normado en el art.29 inc. c) de la ley 25.871 y sin embargo pretende ser asimilada a la dispensa excepcional prevista en el art. 29 “in fine” de la citada ley sin haber jamás acreditado las condiciones mínimas para el otorgamiento de tal dispensa.

Añade que ello fue el motivo por el cual oportunamente la Dirección Nacional de Migraciones dictó su expulsión, la que ha sido ratificada por el Ministro del Interior.

Cita jurisprudencia que avala su postura y plantea reserva del caso federal.

III. A fs.76/81 la parte actora –a través de una presentación efectuada por la Defensoría Pública Oficial ante los Juzgados Federales de Ejecuciones Fiscales Tributarias- informa del nacimiento de un hijo de la causante y adjunta copia de la partida de nacimiento y del Documento Nacional de Identidad.

Asimismo solicita la Intervención de la Defensoría Pública Oficial de Menores e Incapaces cuya representación es asumida a fs. 83/86vta. y admitida por este Tribunal mediante





Poder Judicial de la Nación

JUZGADO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO  
FEDERAL 8

resolución de fecha 6 de agosto de 2014 (vide. fs.93/93vta.) a cuyos fundamentos me remito en honor a la brevedad.

IV. A fs. 117 se clausura la etapa probatoria, poniéndose los autos en Secretaría para alegar.

A fs.121/122vta. alega la parte demandada en tanto hizo lo propio la actora a fs.125/131, quedando a fs.134 los autos en estado de Resolver.

V. Conforme constancia obrante en el folio 12 de las actuaciones administrativas reservadas en Secretaria surge que en la causa Nro. 1282 caratulada “Benavides Aguilar, Leydi Mabel p/infr. Ley 23.737 que tramitara ante el Tribunal Oral en lo Criminal Federal nº 4 de Capital Federal con fecha 22/09/08 el Tribunal resolvió: “Condenar a Leidy Mabel Benavides Aguilar a la pena de Tres años de Prisión, Multa de Cincuenta PESOS (\$50) y Costas, por considerarla autora penalmente responsable del delito de tenencia simple de estupefacientes, previsto y reprimido por el artículo 14, primera parte de la Ley 23.737 (arts.40, 41 y 45 del Código Penal y 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación).

El 29/07/09 se dictó la Disposición SDX N° 087560, (vide. refojado fs.42/44) en la cual teniendo en cuenta que la peticionante poseía condena judicial en la República por considerarla autora penalmente responsable del delito de tenencia simple de estupefacientes, se determinó que la situación de la causante se hallaba inmersa dentro de los impedimentos contemplados en el Artículo 29 inc. c) de la ley nº 25.871.

Se añade que en atención a los elementos obrantes en autos, resultaban de aplicación las previsiones del Título V, Capítulo I de la Ley 25.871, en lo atinente a la cancelación de residencia y consecuente expulsión de la causante, y en base a ello se dispuso declarar irregular la permanencia en el país de la extranjera referida, de nacionalidad peruana, nacida el 28/03/88, y se ordenó su expulsión



del territorio nacional y prohibición de reingreso a la República por el término de 8 años.

VI. En base al Recurso de Reconsideración presentado por la parte actora (vide. refoliado fs.36/39) la Dirección Nacional de Migraciones emitió la Disposición DNM N° 001961 (vide. folio 56/58).

Allí consideró que la situación de la extranjera encuadraba en los impedimentos para ingresar y permanecer en el territorio nacional, preceptuados en el inciso c) del artículo 29 de la Ley n° 25.871 el cual establece: “Serán causas impeditivas del ingreso y permanencia de extranjeros al Territorio Nacional.....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...”

Añadió que los hechos esgrimidos por la recurrente no tenían suficiente entidad como para desvirtuar los impedimentos descriptos que pesaban sobre la misma.

Consecuentemente se dispuso rechazar el recurso de reconsideración interpuesto por la extranjera en cuestión contra la Disposición SDX N° 87.560 de fecha 29 de julio de 2009 y estar a las medidas ordenadas en dicho acto.

Igual resultado obtuvo en el recurso de alzada (vide. Resolución N° 1072 del Ministerio del Interior de fecha 9 de agosto de 2011 obrante entre los folios 95/97).

VII.- En principio he de señalar que resulta aplicable al caso la ley 25.871 de Política Migratoria Argentina que entre sus objetivos señala **el de garantizar el ejercicio del derecho a la reunificación familiar** y promover el orden internacional y la justicia, denegando el ingreso y/o la permanencia en el territorio argentino a





Poder Judicial de la Nación

JUZGADO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO  
FEDERAL 8

personas involucradas en actos reprimidos penalmente por nuestra legislación (ver incisos d y j del artículo 3º)

Asimismo, el Capítulo II enumera los impedimentos para el ingreso y permanencia de los extranjeros, señalando el inciso c) del artículo 29 que es impedimento haber sido condenado o estar cumpliendo condena, en 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.

Respecto de este último punto cabe recordar que la aquí extranjera fue condenada por considerarla autora penalmente responsable del delito de **tenencia simple de estupefacientes** (vide. folio 12 de las actuaciones administrativas reservadas en Secretaría).

VIII. He de recordar también que la presente acción – impetrada en los términos del art.84 de la Ley 25.871-, encuentra su marco cognitivo en lo normado por el art.89 de la mencionada normativa, el cual dispone: “El recurso judicial previsto en el art.84, como la consecuente intervención y decisión del órgano judicial competente para entender respecto de aquéllos, **se limitarán al control de legalidad, debido proceso y de razonabilidad del acto motivo de impugnación**” (el subrayado me pertenece).

Es por ello 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, se encuentra debidamente acreditado con la prueba documental acompañada, que la recurrente



convive en el país desde el año 2008 con el Sr. Suarez Chávez de nacionalidad Peruana y de ocupación empleado (vide constancia de fs.34 del expediente judicial).

A fs. 36/37 adjunta los exámenes prenatales de su hijo; en tanto a fs. 76/77 acompaña DNI del menor de edad de **nacionalidad argentino** y certificado de nacimiento respectivamente.

Del Informe Social elaborado por el Ministerio Público de la Defensa Defensoría General de la Nación –el cual a mi entender toma gran relevancia para la solución del caso- de sus consideraciones finales se advierte que: “ ... La expulsión de la Sra. Mabel Leidy Benavidez Aguilar tendría como consecuencia el desmembramiento familiar, y dejaría expuesto al niño a la separación materna, con la consecuente desprotección afectiva y material que ello implicaría afectando su proceso de crecimiento y desarrollo. Una medida así vulneraría su derecho a vivir con sus padres y ser criado por ellos (en este caso lo separaría de su madre); y el Estado argentino tiene la obligación de arbitrar todas las medidas necesarias para que esto sea posible (art.18 de la CIDN y art.7 de la Ley nº 26.061). Y continúa diciendo “ De este modo, la decisión que se intenta impulsar hacia la Sra. Benavidez Aguilar indefectiblemente se haría extensiva a su hijo ”.

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 en el caso- 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 respeto a la autoridad administrativa debe entenderse como una facultad discrecional sin que se pueda asimilar a discrecionalidad o irrazonabilidad. Esto es, lo





Poder Judicial de la Nación

JUZGADO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO  
FEDERAL 8

discrecional debe ser razonable y en el caso de autos no lo es (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).

En efecto, no puede obviarse que la actora cumplió la condena por el delito que cometió en el país, y tiene un hijo menor de edad de nacionalidad argentino. 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). (ver en igual sentido, sentencia del 12/8/2015 del Juzgado n° 5 del fuero, en autos “C.C.R. c/EN-Min. del Interior-Resol. 715/11-DNM”).

IX) Por último cabe poner de relieve que fue la propia demandada quien manifestó que al decidir la situación migratoria de la Sra. Benavidez Aguilar en el ámbito del expediente administrativo n° 242169/2008, la misma no había denunciado y acreditado, la existencia de su hijo por nacer, debiendo la Dirección Nacional de



Migraciones decidir su situación con las constancias de autos (vide. especialmente fs.62 del escrito de contestación de demanda), por lo que se entiende reconoce que las mismas han variado en la actualidad.

En virtud de todo lo expuesto,

FALLO:

1) Haciendo lugar al recurso directo interpuesto por la actora, y declarando la nulidad de la Resolución n° 1072/11del Ministerio del Interior que declaró irregular la permanencia en el país de la extranjera Mabel Leidy Benavidez Aguilar, de nacionalidad peruana y ordenó su expulsión del territorio nacional prohibiendo su reingreso a la República Argentina por el término de ocho años.

2) Ordenar al Ministerio del Interior (DNM) que dicte una nueva Resolución respecto de la extranjera en cuestión teniendo en cuenta las nuevas circunstancias informadas en la causa.

3) 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.

CECILIA G. M DE NEGRE

Juez Federal Subrogante

