

Suprema Corte:

-I-

La Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal rechazó el recurso de apelación interpuesto por el actor y, en consecuencia, confirmó la resolución dictada por el juez de primera instancia que había declarado no habilitada la instancia judicial a fin de cuestionar la Disposición de la Dirección Nacional de Migraciones (en adelante, DNM) 578/12, que había confirmado la irregularidad de la permanencia del actor en el país, su expulsión y prohibición de reingreso por el término de ocho años (fs. 125/127 de los autos principales, a los que me referiré en adelante salvo aclaración en contrario).

El tribunal *a quo* entendió aplicable al caso la doctrina sentada en el fallo plenario de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal caratulado "Fernández, Viviana Beatriz c/ M° de Salud y Acción Social y Sec. de la Función Pública s/ empleo público", del 23 de agosto de 2010, que receptó el criterio fijado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en "Gorordo" (Fallos: 322:73), según el cual no es revisable judicialmente la decisión administrativa que desestima, en cuanto al fondo, un recurso extemporáneo tramitado como denuncia de ilegitimidad. Apuntó que, de acuerdo con lo establecido por la Corte, si el interesado deja vencer el término para deducir los recursos administrativos queda clausurada la vía recursiva y, por ende, la posibilidad de agotar la instancia administrativa, requisito insoslayable para la habilitación de la instancia judicial en los términos del artículo 23, inciso a, de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos (ley 19.549).

Con base en esa jurisprudencia, concluyó que la resolución administrativa que desestima un recurso extemporáneo tramitado como

denuncia de ilegitimidad no hace nacer nuevamente los plazos ya fenecidos para la impugnación judicial.

Por lo demás, destacó que la ley de migraciones tiene como objetivos, en lo pertinente, tanto garantizar el ejercicio del derecho a la reunificación familiar como promover el orden internacional y la justicia, denegando el ingreso y permanencia en el territorio argentino de personas involucradas en actos reprimidos penalmente, de conformidad con lo dispuesto en su artículo 3, incisos *d* y *j*.

-II-

Contra dicho pronunciamiento, la Defensoría Oficial, en representación del actor, interpuso recurso extraordinario federal (fs. 132/152), que, denegado (fs. 154), dio origen a la queja en examen (fs. 26/31 del cuaderno respectivo).

El apelante alega que la resolución del *a quo* menoscabó su derecho a un recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes que garantice la revisión judicial del acto administrativo impugnado. Funda ese derecho en los artículos 18 de la Constitución Nacional, y 8.1 y 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Sostiene que la interpretación efectuada por la cámara sobre el artículo 23, inciso *a*, de la ley 19.549 vulnera sus derechos constitucionales en tanto afecta el acceso a la tutela judicial efectiva, limitando esta garantía por cuestiones meramente formales, sin tener en cuenta los hechos y derechos invocados.

Apunta que la revisión judicial del acto administrativo recurrido es una de las garantías mínimas que debe respetarse en todo proceso que pueda culminar con la expulsión o deportación de un extranjero, de conformidad con lo expuesto por la Corte Interamericana de Derechos

Humanos en el caso "Familia Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional de Bolivia". Añade que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en Fallos: 247:646, "Fernández Arias", ha establecido que el ejercicio de funciones jurisdiccionales por parte de la administración es constitucional siempre que la revisión judicial posterior sea suficiente.

Manifiesta que los derechos humanos afectados en el caso —el de reunificación familiar, entre ellos— no fueron objeto de revisión judicial por la falta de acceso a la vía recursiva efectiva.

Aduce que se ha violado su derecho de defensa en juicio al no haber sido notificado de su derecho a contar con la debida asistencia jurídica gratuita para recurrir la orden de expulsión, tal como lo establece el artículo 86 de la Ley 25.871 de Migraciones. Enfatiza que la obligación de ser informado del derecho a contar con esa asistencia pesa sobre el Estado, pues es quien debe garantizar la efectividad de la defensa en atención a lo dispuesto en el artículo 8.2.e de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Sobre esta base, estima que se ha efectuado una errónea aplicación de la doctrina emanada del precedente "Gorordo" (Fallos: 322:73), pues advierte que el vencimiento del término para recurrir la orden de expulsión obedeció a una violación por parte de la DNM de la obligación de notificarle su derecho de contar con la debida asistencia jurídica gratuita. Indica que no hubo desidia, desinterés o negligencia en la interposición del recurso, tal como exige la doctrina de la Corte Suprema.

Considera que la decisión de la cámara no sólo convalida una violación de sus derechos que tuvo lugar en sede administrativa, sino que implica privarlo de su posibilidad de ocurrir ante un órgano jurisdiccional a fin de revisar la legalidad de la medida dispuesta.

-III-

En mi entender, el recurso extraordinario interpuesto fue mal denegado.

Por un lado, la resolución que decidió no habilitar la instancia judicial resulta equiparable a sentencia definitiva pues, de quedar firme, clausura toda posibilidad del recurrente de acceder a la justicia; circunstancia que deriva en la restricción sustancial de su derecho a la defensa en juicio (Fallos: 323:1919, "Acosta"; entre otros).

Por otro, en el caso se ha puesto en tela de juicio la aplicación e interpretación de normas federales (leyes 19.549 y 25.871; art. 18, Constitución Nacional; arts. 8 y 25, Convención Americana sobre Derechos Humanos) y la decisión apelada ha sido contraria al derecho que en ellas fundó el apelante (art. 14, inc. 3, ley 48; Fallos: 322:73, "Gorordo"; 330:4554, "Zhang").

Por lo tanto, el recurso de queja es procedente.

-IV-

A mi modo de ver, la cuestión que se debate en el *sub lite* resulta sustancialmente análoga a la dictaminada por esta Procuración General, el 26 de abril del corriente año, en la causa CAF 38158/2013/2/RH1 "Peralta Valiente, Mario Raúl c/ EN -M Interior - DNM s/ Recurso Directo DNM", a cuyos términos y consideraciones cabe remitir, en lo pertinente.

En lo esencial, allí se puntualizó que por las singulares características de los derechos fundamentales en juego, la interpretación del alcance de los requisitos de la habilitación de la instancia judicial para revisar la legalidad y la razonabilidad de los actos administrativos en materia migratoria, debe partir de la adecuada ponderación de las exigencias particulares que imponen las garantías constitucionales de debido proceso y

protección judicial en este ámbito (arts. 18 y 75, inc. 22, Constitución Nacional; y arts. 8 y 25, Convención Americana sobre Derechos Humanos). En tal sentido, se señaló que al realizar el control de dichos actos el juez debe verificar, con especial cuidado, si la autoridad migratoria ha dado estricto cumplimiento a las garantías mínimas de debido proceso.

En esa oportunidad, se destacó que en procedimientos que puedan desembocar en la expulsión o deportación de extranjeros deben reforzarse ciertas garantías básicas de defensa en juicio como consecuencia del desequilibrio procesal en el que se encuentra el migrante ante la autoridad migratoria para desarrollar una defensa adecuada de sus intereses. En este marco, se consideró que, en aquel caso, se habían vulnerado el derecho a ser oído y la garantía de defensa en juicio, en particular, la provisión por parte del Estado de la asistencia jurídica gratuita prevista normativamente, lo que comprendía la notificación fehaciente de ese derecho. Luego, se aclaró que la solución propiciada en favor de la habilitación de instancia judicial se ajustaba a los lineamientos determinados por la Corte Suprema en el citado precedente "Gorordo" (Fallos: 322:73) pues no había existido desidia, desinterés o negligencia en la interposición de recurso, sino que la omisión de la interposición del recurso se había debido a la falta de acceso a garantías mínimas.

Finalmente, se explicó que tampoco habían sido debidamente ponderados en sede administrativa y judicial los derechos constitucionales que resultaban afectados por la decisión de expulsión.

En la presente causa, la administración no ha respetado las garantías mínimas de defensa en juicio y debido proceso, analizadas en el marco del mencionado dictamen, lo que no fue advertido en la sentencia

apelada que confirmó la falta de habilitación de instancia y restringió la revisión judicial del acto.

En efecto, de las actuaciones que tengo a la vista no surge que la DNM le hubiese conferido audiencia al interesado ni que le hubiese proporcionado al actor la asistencia letrada debida, o lo hubiera anoticiado de su derecho a contar con esa asistencia de forma gratuita, con anterioridad al dictado de la Disposición 163948/10 —que declaró irregular la permanencia del actor en el territorio, ordenó su expulsión por encontrarse incurso en el impedimento de permanencia, prohibió su reingreso y resolvió que se tramite su retención una vez agotada la vía administrativa, firme y consentida la medida— (fs. 23/25, expte. adm. 140957/10). Cabe destacar que la DNM había iniciado el trámite de las actuaciones administrativas vinculadas con la presente acción el 26 de agosto de 2010, con motivo de una presentación del apelante —que no contenía firma de letrado— remitida a través del Procurador Penitenciario de la Nación, cuando ya se encontraba vigente el Decreto 616/2010, reglamentario de la ley 25.841. El artículo 86 de ese decreto prevé de manera imperativa que la DNM, ante el planteo que efectúe un extranjero, debe procurar la inmediata intervención del Ministerio Público de la Defensa, disponiendo la suspensión de cualquier trámite y de los plazos en curso en las actuaciones administrativas hasta que el referido ministerio público tome intervención o el interesado reciba la asistencia jurídica necesaria para la salvaguarda de sus intereses. Tal obligación, tendiente a garantizar el derecho de defensa del administrado, no fue cumplida por la administración, lo que constituye una grave transgresión del debido proceso.

A su vez, al momento de notificarle al actor la medida de expulsión (fs. 29, expte. adm. *cit.*), la administración tuvo una nueva posibilidad de proveerle la asistencia jurídica gratuita —prevista en el artículo

86 de la ley 25.871— o de informarle que contaba con ese derecho, pero omitió hacerlo. Esa omisión derivó en el menoscabo del derecho de defensa del accionante, máxime teniendo en cuenta que, en esa oportunidad, el apelante se encontraba detenido. Asimismo, si bien en esa notificación quedó asentada la manifestación de conformidad del recurrente para ser expulsado del territorio, dicha expresión no puede surtir efecto alguno en tanto el administrado no contaba con el asesoramiento jurídico que la ley impone.

Para más, el accionante requirió que se deje sin efecto la medida de expulsión a través de una presentación efectuada con el patrocinio de una letrada perteneciente a la Comisión del Migrante de la Defensoría General de la Nación, que fue interpuesta una vez fenecidos los plazos previstos en sede administrativa para recurrir el acto en examen. En respuesta a esa pieza, la DNM, mediante Disposición 578/12, decidió tratar el recurso incoado por el actor como denuncia de ilegitimidad, en función de su extemporaneidad, en lugar de hacer uso de la facultad conferida por el artículo 90 de la ley 25.871, que le permite revocar de oficio sus resoluciones en caso de comprobarse violaciones al debido proceso, las cuales resultaban evidentes de la mera observación del trámite de las actuaciones administrativas.

De este modo, las violaciones al debido proceso cometidas en sede administrativa y la decisión del *a quo* de no habilitar la revisión judicial de lo allí actuado redundaron en la falta de tratamiento de un planteo jurídico relevante, que ameritaba la apertura de la vía. Nótese que en la demanda el apelante resaltó que la medida adoptada por la DNM resulta desproporcionada e inconstitucional por vulnerar su derecho a la reunificación familiar invocado como motivo de la dispensa prevista en el artículo 29 *in fine* de la ley 25.871 (fs. 4 vta./8, apartado VI. ii. d1)

En suma, la ausencia de asistencia jurídica efectiva y oportuna implicó que el recurrente quedara expuesto a una situación de indefensión que la ley especial trata de evitar en una materia tan delicada como la migratoria en función de los derechos fundamentales comprometidos, entre ellos, el derecho a la unidad familiar alegado por el accionante (dictamen de la Procuración General de la Nación en autos FMP 81048271/2009/CS1, "Zhang, Peili c/ Dirección Nacional de Migraciones s/ amparo ley 16.986", del 27 de abril de 2016).

Por todo ello, en el caso, considero que la sentencia en crisis vulneró derechos enunciados en normas federales al confirmar la decisión que declaró no habilitada la instancia judicial sin tener en cuenta la importancia de los derechos en juego y sin verificar el cumplimiento de las mencionadas garantías mínimas.

-V-

Por lo expuesto, considero que corresponde hacer lugar a la queja, declarar procedente el recurso federal, revocar la sentencia apelada y restituir las actuaciones al tribunal de origen para que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a lo expuesto.

Buenos Aires, 6 de septiembre de 2016.

ES COPIA

VÍCTOR ABRAMOVICH


ADRIANA N. MARCHISIO
Subsecretaria Administrativa
Procuración General de la Nación