

Suprema Corte:

–I–

La Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal confirmó la resolución dictada por el juez de primera instancia que había hecho lugar a la excepción interpuesta por la Dirección Nacional de Migraciones (en adelante, DNM) y había declarado no habilitada la instancia judicial para recurrir la Disposición de la DNM 699/12, 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. 263/266, 330 y 385/389 de los autos principales, a los que me referiré en adelante salvo aclaración en contrario).

El tribunal *a quo* señaló que el caso debía resolverse a la luz de la doctrina expuesta por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente registrado en Fallos: 322:73, "Gorordo", según la 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). Recordó que, según el mencionado precedente, la imposibilidad de revisión judicial deriva del carácter de remedio extraordinario de la denuncia de ilegitimidad, que está prevista en el ordenamiento jurídico con el propósito de asegurar el control de legalidad, de eficacia de la actividad administrativa, y del respeto por los derechos e intereses de los administrados. Mencionó que en ese fallo se había aclarado que dicho criterio no causaba lesión al derecho de defensa

en ese caso pues este derecho no ampara la negligencia de las partes (considerando 14°).

Añadió que la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal en pleno en las actuaciones caratuladas "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, se pronunció en igual sentido.

Afirmó que en el caso no se advertía una violación del derecho de defensa del actor en el marco del procedimiento administrativo, dado que el apelante había sido debidamente notificado de la Disposición de la DNM 94429/08 e informado de los recursos que podía interponer para recurrir esa decisión. Consideró que el actor había comprendido el contenido del acto en tanto en el acta de notificación había manifestado que comprendía el idioma castellano y expresado su conformidad con la decisión que dispuso la expulsión.

Además, tuvo en cuenta que el actor impugnó el acto de expulsión con asesoramiento letrado y que, si bien la administración declaró extemporáneo el recurso, le dio curso como denuncia de ilegitimidad y trató todas las cuestiones allí introducidas.

Asimismo, puntualizó que la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en "Familia Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional de Bolivia" trataba un supuesto diferente, ya que allí se había privado a los actores del derecho a cuestionar las decisiones que no consideraron la solicitud de reconocimiento del carácter de refugiados a sus integrantes y ejecutaron de manera inmediata su expulsión del país.

Finalmente, estimó que no debía tratar los argumentos vinculados a la paternidad de un argentino ya que no se encontraba habilitada la instancia para examinar el fondo de la cuestión planteada.

-II-

Contra dicho pronunciamiento, la Defensoría Oficial, en representación de la actora, interpuso recurso extraordinario (fs. 391/411), que, denegado (fs. 416), dio origen a la presentación directa en examen (fs. 29/33 del cuaderno respectivo).

La recurrente alega que la resolución de la cámara vulneró 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, 8.1 y 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Señala que la interpretación que el tribunal *a quo* efectuó sobre el artículo 23, inciso a, de la ley 19.549 vulnera sus derechos constitucionales pues impide el acceso a la tutela judicial efectiva, y limita esta garantía por cuestiones meramente formales y sin tener en cuenta los hechos y derechos invocados.

Aduce 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, tal como lo ha entendido 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, para que el ejercicio de funciones jurisdiccionales por parte de la administración sea constitucional, la revisión judicial posterior debe ser suficiente.

Explica que uno de los elementos que pone en crisis la postura adoptada por la cámara, en cuanto a la falta de agotamiento de la vía administrativa, es la propia manifestación de la DNM en su Disposición 699 y en la respectiva notificación, donde expresamente dispuso que el dictado de dicho

decisorio agotaba esa vía. Sostiene que ello contraría la doctrina de los actos propios y el principio de confianza legítima.

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

Arguye 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 de Migraciones (ley 25.871). Entiende 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. Expresa que esa obligación se vincula con la garantía del debido proceso en el procedimiento administrativo.

En esa inteligencia, considera 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 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.

Por último, en cuanto al supuesto consentimiento prestado por el accionante en relación con la orden de expulsión, sostiene que esa manifestación fue realizada sin las debidas garantías que deben regir en el procedimiento administrativo, por lo cual la cámara no debía otorgarle validez a esa manifestación ni interpretar que ello implicaba el conocimiento y aceptación de la medida.

-III-

El recurso extraordinario es formalmente admisible toda vez que la resolución que denegó la habilitación de 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 (cf. doctrina de Fallos: 323: 1919, "Acosta"; entre otros).

Asimismo, cabe señalar que 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: 330:4554, "Zhang"; 322:73, "Gorordo").

-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 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, antes de limitar el alcance de la revisión judicial.

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 habido 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 el presente caso, 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 por la sentencia apelada al confirmar la falta de habilitación de instancia y restringir la revisión judicial del acto.

En efecto, de las actuaciones que tengo a la vista, surge que la DNM no resguardó de manera adecuada el derecho del actor a ser oído con la asistencia letrada debida.

Al respecto, cabe destacar que con anterioridad al dictado de la Disposición 94.429 —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 ordenó su retención una vez agotada la vía administrativa, firme y consentida la medida— la única audiencia que la autoridad brindó al recurrente fue en oportunidad de tomarle declaración a los efectos de conocer su situación. Del acta de esa declaración no surge que el accionante hubiera contado con asistencia letrada, ni que hubiera sido notificado de su derecho a contar con ella de forma gratuita (fs.151).

A su vez, el 25 de abril de 2009, al momento de notificarle al actor la medida de expulsión (fs. 197), 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, lo que omitió. En dicho acto 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 imponía.

Además, el accionante recurrió la Disposición 94.429 en los términos del artículo 90 de la ley 25.871, que faculta a la autoridad de aplicación a revisar de oficio o a petición de parte sus resoluciones cuando se comprueben casos de error, omisión o arbitrariedad manifiesta, violaciones al debido proceso, o cuando hechos nuevos de suficiente entidad justifiquen dicha medida (fs. 220/222). No obstante haber invocado el actor de manera expresa dicha norma, manifestar que no había contado con el adecuado derecho de defensa y exponer razones de reunificación familiar —dado que tiene un hijo nativo argentino— la DNM, mediante Disposición 699, se apartó de lo peticionado, decidió encuadrar esa presentación como una reconsideración extemporánea y le otorgó tratamiento como denuncia de ilegitimidad. El trámite de esa pieza como recurso de revisión le habría permitido a la autoridad migratoria modificar su anterior decisión sobre la

base de las violaciones al debido proceso que surgían evidentes del propio curso de las actuaciones administrativas y, en consecuencia, dictar una nueva una vez ejecutadas todas las medias tendientes a resguardar el derecho de defensa del apelante.

Por otra parte, el mencionado recurso fue deducido por el actor sin patrocinio letrado el 28 de diciembre de 2010. En esa fecha, ya se encontraba vigente el decreto 616/2010, reglamentario de la ley 25.841, que en su artículo 86 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, y disponer la suspensión de cualquier trámite y de los plazos en curso en las actuaciones administrativas hasta que el ministerio público tome intervención o el interesado reciba la asistencia jurídica necesaria para la salvaguarda de sus intereses. Esa obligación tendiente a garantizar el derecho de defensa del administrado no fue cumplida por la administración, lo cual constituye una nueva transgresión del debido proceso por parte de la DNM en las actuaciones bajo análisis.

De este modo, la ausencia de asistencia jurídica efectiva 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).

En suma, en el caso, en mi entender, la sentencia de la cámara vulneró derechos enunciados en normas federales al confirmar la decisión del magistrado interviniente que había hecho lugar a la excepción previa interpuesta por la DNM, sustentada en la falta de agotamiento de la vía administrativa, y había declarado no habilitada la instancia judicial (fs. 330) sin

tener en cuenta la importancia de los derechos en juego y sin verificar el cumplimiento de las mencionadas garantías mínimas.

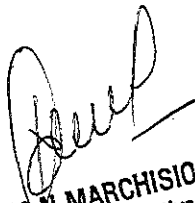
–V–

Por lo expuesto, opino que corresponde hacer lugar a la queja, declarar procedente el recurso extraordinario y revocar el pronunciamiento recurrido.

Buenos Aires, 18 de mayo de 2016.

ES COPIA

VÍCTOR ABRAMOVICH


ADRIANA N. MARCHISIO
Subsecretaría Administrativa
Procuración General de la Nación