

Suprema Corte:

-I-

La Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal confirmó la resolución dictada por el juez de primera instancia y, en consecuencia, consideró que no se encontraba habilitada la instancia judicial a fin de cuestionar la Disposición 2330 de la Dirección Nacional de Migraciones, que confirmó la declaración de irregularidad de la permanencia del actor en el país, su expulsión de la Argentina y la prohibición de reingreso por el período de ocho años (fs. 590/592 de los autos principales, salvo aclaración en contrario).

En lo pertinente, el tribunal *a quo* señaló que en el caso resultaba aplicable 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 recepitó el criterio fijado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente registrado en Fallos: 322:73, "Gorordo Allaria de Kralj, Haydée María c/ Estado Nacional (Ministerio de Cultura y Educación)".

En esa línea, expuso que la decisión administrativa que desestimó, en cuanto al fondo, un recurso extemporáneo que tramitó como denuncia de ilegitimidad no era susceptible de impugnación en sede judicial. Afirmó que, como el interesado había dejado vencer el término para deducir los recursos administrativos, quedó clausurada la vía recursiva y, por ende, la posibilidad de agotar la instancia administrativa, requisito insoslayable para la habilitación de la vía judicial en los términos del artículo 23, inciso *a*, de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, 19.549. Añadió que esa solución encuentra sustento en el artículo 1, inciso *e*, apartado 6, de la mencionada ley 19.549.

Apuntó que la existencia de plazos para demandar a la Administración persigue otorgar seguridad jurídica y estabilidad a los actos administrativos.

Aclaró también que en el caso no se advertía una violación del derecho de defensa a lo largo del procedimiento administrativo y que la disposición atacada había sido correctamente notificada. Puntualizó que, según surgía del acta de notificación de fojas 234, se le había informado al interesado los recursos que podía interponer, de conformidad con lo previsto en el Título VI del Capítulo I de la Ley de Migraciones, 25.871. Agregó que el artículo 86 de esa norma prevé el derecho a la asistencia jurídica gratuita.

-II-

Contra dicho pronunciamiento, la Defensoría Oficial, en representación de la actora, interpuso recurso extraordinario (596/615), que denegado (fs. 617), dio origen a la presentación directa en examen (26/30 del cuaderno respectivo).

La recurrente aduce que la resolución de la cámara implica una violación del 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, 8.1 y 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 86 de la ley 25.871.

Arguye que la revisión judicial del acto administrativo recurrido es una garantía mínima en los procesos de expulsión de migrantes, según lo entendió la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el fallo "Familia Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional de Bolivia".

Señala que la interpretación que el tribunal *a quo* efectuó sobre artículo 23, inciso *a*, de la ley 19.549 es contraria a la Constitución Nacional puesto que vulnera el acceso a la tutela judicial efectiva.

Alega que no le notificaron 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, lo que afectó su derecho de defensa en juicio. Entiende que el deber de informar ese derecho proviene de la obligación del Estado de garantizar la efectividad de la defensa en atención a lo dispuesto en el artículo 8.2.e de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. A su vez, esgrime que esa obligación se vincula con la garantía del debido proceso en el procedimiento administrativo.

Finalmente, expone que existe una errónea aplicación de la doctrina emanada del precedente registrado en Fallos: 322:73, "Gorordo". Al respecto, explica que el vencimiento del término para recurrir la orden de expulsión obedeció a una violación por parte de la Dirección Nacional de Migraciones de notificarle su derecho legal y constitucional de contar con la debida asistencia jurídica gratuita. Indica que no hubo desidia, desinterés o negligencia en la interposición de recurso, tal como exige la doctrina de ese precedente de la Corte Suprema.

-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, artículo 18 de la Constitución Nacional, artículo 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos- y la decisión apelada ha sido contraria al

derecho que en ellas fundó el apelante (art. 14, inciso 3, de la ley 48; Fallos: 330:4554, “Zhang”; 322:73, “Gorordo”).

Además, las causales de arbitrariedad invocadas son inescindibles de los temas federales en discusión, por lo que deben ser examinadas en forma conjunta (conf. doctrina de Fallos: 327:5640, “Banco Extrader S.A.”; 329:3577, “Cipolla”, entre muchos otros).

–IV–

En primer lugar, estimo conveniente efectuar una breve reseña de las circunstancias fácticas que rodean el caso, las cuales no se encuentran controvertidas.

El 17 de agosto de 2007, mediante la Disposición 40.387, la Dirección Nacional de Migraciones (en adelante, DNM) declaró irregular la permanencia del actor y ordenó su expulsión del territorio nacional por encontrarse incurso en el impedimento de permanencia previsto en el artículo 29, inciso c, de la ley 25.871 (fs. 232/233), acto que fue notificado al accionante el 27 de agosto de 2007 (fs. 234).

Posteriormente, con fecha 16 de junio de 2011, patrocinado por la Defensoría General de la Nación, el interesado presentó el recurso para que se reconsiderara la decisión. En dicha pieza, alegó que la autoridad migratoria debía ponderar razones de reunificación familiar –ya que tuvo 3 hijos nativos argentinos– y sostuvo que se había afectado su derecho de defensa en juicio en tanto no tuvo acceso a la asistencia jurídica gratuita en debida forma.

El 2 de agosto de 2013, la autoridad de aplicación dictó la Disposición 2330, por medio de la cual declaró extemporáneo el recurso y resolvió que correspondía darle tratamiento de denuncia de ilegitimidad. En el mismo acto, la DNM rechazó esa denuncia de ilegitimidad y confirmó lo decidido oportunamente en la Disposición 40.387 (fs.520/526). Luego, ordenó la remisión de los actuados a la Dirección de Asuntos Jurídicos para solicitar a la autoridad

judicial la retención del causante, en los términos del artículo 70 de la ley 25.871, lo que se materializó en las actuaciones, conexas a las presentes, "EN -DNM- Disp. 4038/07 (Expte. 198258/88) c/ Peralta Valiente Mario Raúl s/ Recurso Directo para Juzgados" (expte. CAF 8965/2008/1/RH1), dictaminadas por esta Procuración General de la Nación en el día de la fecha.

Una vez interpuesto el recurso directo ante el juez de primera instancia, el magistrado consideró que no se encontraba habilitada la instancia judicial, lo que fue confirmado por la cámara.

-V-

En segundo lugar, entiendo que al interpretar el alcance de los requisitos de la habilitación de la instancia judicial para revisar la legalidad y la razonabilidad de actos administrativos en materia migratoria, por las especiales características de los derechos fundamentales en juego, debe partirse 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, en especial, arts. 8 y 25, Convención Americana sobre Derechos Humanos).

En esa línea, cabe señalar que la Corte Suprema ha manifestado, desde antiguo, que para que el control judicial resulte suficiente se deben analizar las circunstancias específicas de cada caso. Expresó que el alcance del control judicial "no depende de reglas generales u omnicomprensivas (...) la medida del control judicial requerido deberá ser la que resulte de un conjunto de factores y circunstancias variables o contingentes, entre los que podría mencionarse, a título de ejemplo, la naturaleza del derecho individual invocado, la magnitud de los intereses públicos comprometidos, la complejidad de la organización administrativa creada para garantizarlos, la mayor o menor descentralización del tribunal administrativo, etc." (Fallos: 247:646, "Fernández Arias", considerando 14 y sus citas).

En el presente caso, si bien la los artículos 79 y 80 de la ley 25.871 prevén la revisión judicial de las resoluciones de la autoridad de aplicación en materia de expulsión de migrantes, esa posibilidad ha quedado neutralizada en los hechos por la decisión del *a quo* de rechazar la habilitación de la instancia judicial. Además, al adoptar dicha decisión, la cámara no ponderó que en el procedimiento administrativo no se había resguardado de manera efectiva el derecho del actor a ser oído, con la asistencia letrada debida.

En relación con el control judicial de procedimientos de expulsión de migrantes, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a cuya jurisprudencia cabe acudir con el objeto de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado argentino en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos (Fallos: 333: 1657, “Videla Jorge”, considerando 8 y su cita), ha reafirmado el derecho de toda persona a recurrir todas las decisiones finales que se adopten en el marco de procesos migratorios, especialmente aquellas que ordenen la expulsión o denieguen un permiso de ingreso o permanencia. Destacó que “en caso de que la decisión fuera adoptada por la autoridad administrativa, la revisión por parte de un juez o tribunal es un requisito fundamental para garantizar un adecuado control y escrutinio de los actos de la administración que afectan los derechos fundamentales” (Opinión Consultiva OC-21/14, 19 de agosto de 2014, párrafo 140; “Caso Nadege Dorzema y otros v. República Dominicana”, sentencia de 24 de octubre de 2012, párrafo 175; “Caso Familia Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional de Bolivia”, sentencia del 25 de noviembre de 2013, párrafo 133).

Además, al realizar el control de actos de esa naturaleza, sin perjuicio de que la fijación de plazos para la interposición de recursos administrativos favorece la seguridad jurídica y la estabilidad de las decisiones de los organismos públicos, el juez debe verificar con especial cuidado si la autoridad

migratoria ha dado estricto cumplimiento a las garantías mínimas que requiere un procedimiento de esta índole, antes de limitar el alcance de la revisión judicial.

Al respecto, la Corte Suprema ha sostenido que el artículo 8, inciso 1, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, consagra el derecho a ser oído con las debidas garantías y que el carácter administrativo del procedimiento no puede erigirse como óbice para la aplicación de los citados principios, pues en el Estado de Derecho toda actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal, en tanto "es un derecho humano el obtener todas las garantías que permitan alcanzar soluciones justas, no estando la administración excluida de cumplir con ese deber" (Fallos: 335:1126, "Losicer", y sus citas).

En relación con el contenido de la garantía de debido proceso en la esfera de los procedimientos migratorios, la Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció que "en ciertos casos en que las autoridades migratorias toman decisiones que afectan derechos fundamentales, como la libertad personal, en procedimientos tales como los que puedan desembocar en la expulsión o deportación de extranjeros, el Estado no puede dictar actos administrativos o judiciales sancionatorios sin respetar determinadas garantías mínimas, cuyo contenido es sustancialmente coincidente con las establecidas en el numeral 2 del artículo 8 de la Convención y son aplicables en lo que corresponda. En este sentido, coinciden órganos internacionales de protección de los derechos humanos" ("Caso Familia Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional de Bolivia", sentencia del 25 de noviembre de 2013, párr. 132; en igual sentido, Opinión Consultiva OC-21/14, párr. 112; Fallos: 330:4554, "Zhang", considerando 8°).

A su vez, puntualizó que, como consecuencia del desequilibrio procesal en el que se encuentra el migrante ante la autoridad migratoria para desarrollar una defensa adecuada de sus intereses, deben

reforzarse ciertas garantías básicas de defensa en juicio (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-16/99, 1 de octubre de 1999, párr. 119; en sentido coincidente, en sentido similar Acordada CSJN 5/2009 del 24 de febrero de 2009, Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condiciones de Vulnerabilidad, capítulo 1, sección 2da, apartado 6).

En particular, en el marco de un proceso administrativo disciplinario, la Corte Suprema ha señalado que es indispensable que el particular haya sido notificado en sede administrativa de la existencia de las actuaciones iniciadas en su contra y se le brinde la oportunidad de ser oído (dictamen de la Procuración General de la Nación al que remitió la Corte en el precedente registrado en Fallos: 324:3593, “Castro Veneroso”, entre otros).

Ese derecho a ser oído, conforme lo prevé el artículo 1, inciso f, apartado 1, de la ley 19.549, comprende la posibilidad de hacerse patrocinar y representar profesionalmente en sede administrativa, representación que debe ser letrada cuando se debaten cuestiones jurídicas.

Específicamente en materia migratoria, el derecho a ser oído se encuentra consagrado en el artículo 86 de la ley 25.871 que dispone: “Los extranjeros que se encuentren en territorio nacional y que carezcan de medios económicos, tendrán derecho a asistencia jurídica gratuita en aquellos procedimientos administrativos y judiciales que puedan llevar a la denegación de su entrada, al retorno a su país de origen o a la expulsión del territorio argentino. Además tendrán derecho a la asistencia de intérprete/s si no comprenden o hablan el idioma oficial. Las reglamentaciones a la presente, que en su caso se dicten, deberán resguardar el ejercicio del derecho constitucional de defensa”.

En relación con la garantía de defensa en juicio y la asistencia letrada, la Corte Interamericana de Derechos Humanos precisó que el derecho a la defensa obliga al Estado a tratar al individuo en todo momento como un verdadero sujeto del proceso y no simplemente como objeto del mismo, y que los



literales *d* y *e* del artículo 8.2 establecen el derecho de ser asistido por un defensor. Además, ha señalado que "las circunstancias de un procedimiento particular, su significación, su carácter y su contexto en un sistema legal particular, son factores que fundamentan la determinación de si la representación legal es o no necesaria para el debido proceso' (...) [y] que, en procedimientos administrativos o judiciales en los cuales se pueda adoptar una decisión que implique la deportación, expulsión o privación de libertad, la prestación de un servicio público gratuito de defensa legal a favor de éstas es necesaria para evitar la vulneración del derecho a las garantías del debido proceso". ("Caso Vélez Looor vs. Panamá" *cit.*, párrafos 145 y 146).

En el *sub lite*, en línea con lo dictaminado por este Ministerio Público en la anterior instancia (fs. 579/581), estimo que el procedimiento sustanciado en sede administrativa contra el recurrente tenía como requisito ineludible para el resguardo de su garantía constitucional de defensa en juicio, la provisión por parte del Estado de la asistencia jurídica gratuita prevista normativamente, lo que comprendía la notificación fehaciente de su derecho a recibir asistencia jurídica y su carácter irrenunciable conforme lo establece el artículo 8, inciso 2. *d* y *e* de la Convención Americana y el artículo 86 de la Ley de Migraciones.

Tal afirmación encuentra sustento, también, en el artículo 86 del decreto 616/2010, reglamentario de la ley 25.841, dictado con posterioridad a la notificación de la Disposición DNM 40.387 emitida en este caso. Dicha disposición establece, de manera imperativa, que la Dirección Nacional de Migraciones, 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 tome intervención o el interesado reciba la asistencia jurídica necesaria para la salvaguarda de sus intereses.

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.

En efecto, con anterioridad al dictado de la medida de expulsión la única audiencia que la autoridad brindó al recurrente fue en oportunidad de tomarle declaración a los efectos de conocer su situación migratoria, mientras que el administrado se encontraba detenido. En el acta de esa audiencia no obran constancias que demuestren que el actor haya sido asistido en esa ocasión por un abogado o que al menos se le hubiese informado su derecho a contar con asistencia jurídica gratuita (fs. 152/153).

Dicha situación se agravó luego del dictado de la Disposición 40.387 pues, al momento de ser notificado de ese acto, el señor Peralta manifestó por escrito y de manera clara su voluntad impugnatoria (fs. 234). Esa circunstancia ameritaba que la DNM hiciera efectivo el derecho del recurrente de contar con la asistencia letrada gratuita prevista en el artículo 86 de la Ley de Migraciones, a fin de que pudiera ejercer de manera adecuada su derecho de defensa y perfeccionar esa voluntad impugnatoria plasmándola en un recurso. Sin embargo, la autoridad omitió cumplir con dicha obligación.

De ese modo, la falta de la efectiva asistencia jurídica legalmente prevista 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, cabe tener en cuenta que el particular alegó una afectación a su derecho a la reunificación familiar. Si bien este punto no constituye materia de análisis en el presente dictamen por encontrarse vinculado al fondo del asunto, la proyección de las decisiones adoptadas en el marco de este proceso sobre la unidad familiar debió haber sido especialmente considerada en sede administrativa y en las instancias judiciales posteriores, dado que en el contexto migratorio ese derecho

tiene base constitucional (Fallos: 330:4554, "Zhang" y dictamen de la Procuración General de la Nación en autos FMP 81048271/2009/CS1 n°, "Zhang, Peili c/ Dirección Nacional de Migraciones s/ amparo ley 16.986", del día de la fecha).

Para más, la DNM decidió tratar el recurso de reconsideración presentado 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 rever de oficio o a petición de parte sus resoluciones en caso de comprobarse violaciones al debido proceso. Nótese que esas violaciones habían sido alegadas por el administrado en su presentación recursiva y eran fácilmente comprobables, en tanto surgían de la mera observación del trámite de las actuaciones.

En ese contexto, la decisión del *a quo* de declarar no habilitada la instancia judicial implica agravar la situación de un administrado en situación de desequilibrio procesal, que se vio imposibilitado de ejercer su derecho de defensa de manera plena en virtud de la inobservancia por parte de la autoridad administrativa de las garantías constitucionales que rigen este tipo de actuaciones; máxime teniendo en cuenta que en materia migratoria, para que el procedimiento administrativo se desarrolle en condiciones de igualdad, la garantía de defensa incluye la efectiva intervención de la asistencia letrada que impone la Ley de Migraciones y las normativa de rango constitucional ya referida.

Finalmente, entiendo que la solución que propicio en favor de la habilitación de instancia judicial en el caso se ajusta a los lineamientos determinados por la Corte Suprema en el citado precedente "Gorordo" (Fallos: 322:73). En mi opinión, el alcance de las reglas procesales fijadas allí presupone que quien dejó vencer los plazos recursivos ordinarios contó con la posibilidad de ejercer su derecho de defensa de manera adecuada. Por el contrario, la imposibilidad de revisión judicial, establecida como principio general, debe ceder en supuestos como el de autos, puesto que, tal como se analizó precedentemente,

durante el trámite de las actuaciones administrativas el recurrente no contó con ese derecho. En consecuencia, en estos casos, no puede considerarse que hubo desidia, desinterés o negligencia en la interposición del recurso.

Por último, tampoco puede sostenerse que la disposición que rechazó la denuncia de ilegitimidad cumplió con el fin de velar por la legalidad de la actividad administrativa y los derechos del administrado. En rigor, en la aludida disposición, el Director Nacional de Migraciones concluyó que se había salvaguardado el derecho de defensa del apelante, cuando de las constancias administrativas que la autoridad tuvo a la vista al momento de resolver era notorio que la administración había omitido hacer efectivo el derecho con el que contaba el actor de recibir asistencia jurídica gratuita en los términos del artículo 86 de la ley 25.871 (fs. 371/416 y 520/526).

En tales condiciones, resulta sumamente gravoso endilgarle una conducta negligente al accionante y privarlo, de la posibilidad de obtener la revisión judicial de la disposición administrativa impugnada.

En suma, a la luz de las consideraciones hasta aquí vertidas, la naturaleza de los derechos en juego y el mencionado principio *in dubio pro actione*, utilizado por la Corte como valioso criterio hermenéutico (Fallos: 324:2672, "Elemec S.A."; 330:1389, "Cocha"; 331:1660, "LoF"; entre otros), entiendo que debería declararse habilitada la instancia judicial.

-VI-

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

Buenos Aires, *26* de abril de 2016.

ES COPIA

VÍCTOR ABRAMOVICH

  
ADRIANA N. MARCHISIO  
Subsecretaría Administrativa  
Procuración General de la Nación