

RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL*

(Carátula artículo 2º reglamento)

Expediente:

Nro. de causa: 41766/2018

Carátula: "CHEN QUAN c/ DIRECCIÓN NACIONAL DE MIGRACIONES- DNM - (EXPTE 41766/2018 Y OTRO) S/ CONSTENSIOSO ADMINISTRATIVO-VARIOS".

Tribunales intervinientes

Tribunal de origen: Juzgado Federal Nº1 de Rosario, Secretaría B.

Tribunal que dictó la resolución recurrida: Sala A, Cámara Federal de Apelaciones de Rosario

Consigne otros tribunales intervinientes: -----

Datos del presentante

Apellido y nombre: Tugnoli, María Fernanda

Domicilio constituido: Rioja 1974, Rosario 2000, provincia de Santa Fe.

Domicilio electrónico: CUID 50000001454

Carácter del presentante

Representación: patrocinante

Apellido y nombre de los representados: CHEN, QUAN

Letrado patrocinante

Apellido y nombre: Tugnoli María Fernanda.

Tomo:---- Folio: ---- DEFENSORA PUBLICA COADYUVANTE ANTE LOS JUZGADOS Y CÁMARA FEDERAL DE APELACIONES DE ROSARIO.

Domicilio constituido: Rioja 1974/78 de Rosario.

Domicilio electrónico: CUID 50000001454.

Decisión recurrida:

Descripción: La Sala A de la Cámara Federal de Apelaciones de Rosario confirmó la sentencia de fecha 05/06/2018 del Juzgado Federal N°1 de Rosario, que había rechazado el recurso interpuesto por Chen Quan y ordenado su retención.

Fecha: 5 de junio de 2018

Ubicación en el expediente: Fs. 191/200

Fecha de notificación: 5 de junio de 2018

Objeto de la presentación:

Norma que confiere jurisdicción a la Corte: Art. 14 de la Ley 48.

Oportunidad y mantenimiento de la cuestión federal: Fs. 205/213

Cuestiones planteadas (con cita de normas y precedentes involucrados):

- Se ha puesto en tela de juicio la validez de un acto de autoridad nacional y la decisión impugnada fue contraria a los derechos invocados: art. 14, inc. 1º, ley 48; Fallos 311:1945.
- La interpretación efectuada por los sentenciantes respecto del art. 29 –antepenúltimo párrafo– de la Ley 25.871, es contraria a la Constitución Nacional por afectar esa decisión el principio de razonabilidad, no regresividad, y el principio pro homine como regla de hermenéutica en materia de derechos humanos: Art. 75 inc. 22 CN
- Inconstitucionalidad de la decisión por afectar el derecho humano a migrar, los postulados del preámbulo de la Constitución Argentina, derecho de igualdad art. 16 CN.
- Inconstitucionalidad del DNU N° 70/17, particularmente arts. 7 y 8, en tanto quitan de la esfera del control judicial una materia que es eminentemente de su competencia, principalmente, por tratarse de la afectación de derechos de raigambre constitucional y convencional.
- Derecho de defensa y a ser oído.

Exponga qué decisión pretende de la Corte Suprema de Justicia de la Nación: Solicito que la Corte Suprema de Justicia de la Nación por medio del recurso extraordinario deducido revoque la sentencia apelada, y, en consecuencia, revoque la orden de expulsión con prohibición de reingreso que pesa sobre CHEN QUAN.

Fecha: 11-09-2018

Firma:



MARIA FERNANDA TUGNOLI
PROSECRETARIA LETRADA CONT.
DEFENSORA COADYUVANTE
DEFENSORIA GRAL. DE LA NACION

La omisión de los requisitos de este formulario para llegar a la aplicación del art. 11 del reglamento.

INTERPONGO RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL.

Excma. Cámara Federal:

María Fernanda Tugnoli, CUIL 27283894636, Defensora Pública Coadyuvante de la Defensoría Pública Oficial N°1 ante los Juzgados y Cámara Federal de Apelaciones de Rosario, en representación de **QUAN CHEN** (PASAPORTE N°G39234276) y domicilio real en la calle San Martín 1983 de Fray Luis Beltrán, Provincia de Santa Fe, con domicilio constituido en el **CUID 50000001454**, y despacho sito calle Rioja 1974/78 planta baja, de la ciudad de Rosario en los autos **FRO N°41766/2018 caratulados: "CHEN, QUAN c/ DIRECCIÓN NACIONAL DE MIGRACIONES S/ IMPUGNACION ACTO ADMINISTRATIVO-VARIOS"**, ante la Cámara Federal de Apelaciones de Rosario me presento y digo:

I. OBJETO.

En legal tiempo y forma, vengo a deducir recurso extraordinario de apelación, en los términos del Art. 256 y concordantes del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, y Art. 14 de la ley 48, contra la sentencia dictada por VV.EE. con fecha 28 de agosto de 2018, notificada a esta parte el 7 de septiembre de 2018 y a solicitar, que se declare admisible el recurso, ordenándose la remisión de las actuaciones a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a fin que ella entienda en el remedio interpuesto, y dicte un nuevo pronunciamiento, revocando

la resolución recurrida, en la forma que más abajo se explica, con costas en caso de oposición.

Fundo esta pretensión, en las consideraciones de hecho y de derecho que seguidamente expondré, y en las que suplirá el más elevado criterio del Tribunal.

En consecuencia, en los acápites siguientes, me dirigiré a la Excm. Corte Suprema de Justicia de la Nación.

II. ADMISIBILIDAD FORMAL DEL RECURSO EXTRAORDINARIO.

A fin de cumplir en debida forma con los requisitos exigidos por el más alto Tribunal para declarar admisible el recurso intentado, procederé, a continuación, a acreditar el cumplimiento de dichos requisitos.

II. 1. REQUISITOS COMUNES.

No existe duda, de que la Sala A de la Cámara Federal de Apelaciones de Rosario, constituye un tribunal judicial, de naturaleza federal, ni sobre la existencia de juicio, la legitimación de esta parte para recurrir, el agravio que provoca el fallo recurrido, y la subsistencia, de cada uno de estos requisitos comunes, al presente.

Se encuentran, pues, reunidos, los requisitos comunes que hacen a la procedencia de este remedio extraordinario.

II.2. REQUISITOS PROPIOS.

(i) Existencia de cuestión federal simple. Relación directa e

inmediata con lo resuelto en la causa. Resolución contraria a la cuestión federal.

Con base en lo dispuesto en el artículo 14 de la ley 48, la Corte Suprema de Justicia ha exigido en forma invariable, para declarar admisible la apelación extraordinaria, la existencia de una cuestión federal.

En este caso, se presentan claramente cuestiones de índole federal, que se derivan del rechazo de la acción intentada, veamos:

a) En la sentencia en crisis, el tribunal efectuó una interpretación irrazonable y constitucionalmente insostenible del art. 29 in fine de la ley 25.871, de incuestionable naturaleza federal, tal como fuera reconocido por la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación (Fallos: 330:4554, consid. 7º y G. 206. XLVII Granados Poma, Héctor en -DNM- resol. 104.574/09 (expte. 2.293.077/07) s/ amparo ley 16.986). y más recientemente en el fallo fallo "Ojeda Hernández, Luis Alberto s/ cusa nro. 2739/12" (O.133 XLVIII), pronunciamiento del 10 de julio de 2014).

Vale poner de resalto que en este caso -hubiese operado- la dispensa del art. 29 in fine de la ley 25.871, ya que existen razones humanitarias por la aplicación del principio pro-homine para la aplicación de la dispensa de referencia.

b) Inconstitucionalidad de la decisión por lesionar el principio de proporcionalidad y razonabilidad de los actos de gobierno.

Como se analizará, la única causal por la cual se decreta la expulsión de mi asistida responde a su situación migratoria irregular.

Al respecto, cabe recordar, que la Ley de Migraciones establece, dentro de sus objetivos, el de "...promover el orden internacional y la justicia..."

(conf. art. 3 inc. j). Por su parte, el art. 4 de la mencionada ley, establece, que el derecho a la migración es inalienable de la persona y la República Argentina lo garantiza sobre la base de los principios de igualdad y universalidad. En consecuencia, se puede entender, que existe un cambio de paradigma en la nueva ley de migraciones, por entender que el derecho a migrar es un derecho humano, y, como tal, esencial e inalienable a la persona. Lo que acarrea al Estado una serie de obligaciones que comprometen su responsabilidad internacional.

Es por ello, que esta defensa entiende, que **la orden de expulsión dictada con base en una mera irregularidad administrativa, atenta contra el principio de proporcionalidad.** En este sentido, la Cámara Federal de Paraná ha entendido que *"...la ley migratoria tiende a la regularización del migrante y por eso mismo es que la expulsión es una medida extrema y de última ratio"*.

Resulta fácil advertir cómo, **la medida dictada contra CHEN QUAN, es por demás desproporcionada, arbitraria, innecesaria e inadecuada para los fines procurados por el art. 3 inc. j) de la Ley 25.871.**

Dichas pautas y principios —otorgados tanto por nuestra Constitución como por la Ley 25.871—, son aplicables, no sólo para la inmigración masiva o plural, sino también para el **ingreso individual de extranjeros**; por lo que una medida tal como la expulsión, debe estar orientada y basada en estos principios.

La jurisprudencia nacional e internacional ha reconocido abiertamente que una medida de expulsión no puede ser arbitraria o caprichosa, por lo que debe encontrar sustento en hechos ciertos y objetivos que permitan inferir

un peligro serio contra el cual se pretende preservar la comunidad nacional. De lo contrario, según el derecho internacional, el Estado al cual pertenece el individuo comprendido en la medida de expulsión, podría exigir las reparaciones correspondientes.

Es decir, tal recurso **sólo será legítimo cuando esté realmente fundado en una necesidad política y social ineludible y la misma debe estar sostenida en los lineamientos de la política migratoria.**

En el caso, la orden de expulsión resulta una medida por demás desproporcionada, toda vez que contraría los principios emanados del art. 3 inc. j) de la propia Ley de Migraciones.

Por lo tanto, debo advertir que esta misma Corte Suprema de Justicia de la Nación, se ha expedido sobre este punto y ha sostenido que: *“Ante los categóricos términos del art. 20 de la Constitución Nacional, toda distinción efectuada entre nacionales y extranjeros, en lo que respecta al goce de los derechos reconocidos en la Ley Fundamental, se halla afectada por una presunción de inconstitucionalidad; por tal razón, aquel que sostenga la legitimidad de tal distinción debe acreditar la existencia de un «interés estatal urgente» para justificar aquella, y no es suficiente a tal efecto, que la medida adoptada sea «razonable»”*.

El lineamiento seguido por la Corte, ha sido en un todo conteste con la política fijada al respecto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, donde el asunto reside en determinar si la medida en cuestión es *“de acuerdo con la ley”*, si persigue alguno de los fines legítimos y si es necesario en una sociedad

democrática. Es decir, la medida debe ser proporcionada y en este caso se debió comprobar si la medida en cuestión traza un correcto balance entre los intereses relevantes, esto es, el derecho a la inmigración y trabajo digno, por un lado, y la causa legítima, es decir, la protección del orden por el otro.

No se vislumbra en autos, ni se explicita en la resolución de expulsión ni en la sentencia de primera instancia, ni menos aún en la de la Cámara Federal de Rosario, cuál es el interés relevante que se intenta proteger, pues, CHEN QUAN, se encuentra simplemente en una situación irregular, la que ha intentado modificar. Por lo tanto, no se desprende cuál es el interés estatal urgente que justifique su expulsión.

De acuerdo a los parámetros señalados, la medida aquí dispuesta no sólo resulta completamente excesiva y desproporcionada, sino que no resulta necesaria para los fines establecidos por la propia Ley de Migraciones, los cuales deben responder a una necesidad social impostergable y en nada afectan a la seguridad y el orden nacional.

Dicha medida no puede ser arbitraria o fundada en criterios generales que no guardan ninguna relación con el caso concreto. Antes bien, una decisión de tanta gravedad como la expulsión de un migrante, debe encontrar sustento en hechos ciertos y objetivos que permitan inferir un peligro serio contra el cual se pretende preservar la comunidad. Vale destacar que CHEN QUAN es un joven que carece de antecedentes penales, que pese a que ha ingresado de forma irregular ha intentado, desde su situación de vulnerabilidad, modificar tal realidad

y que además ha generado vínculos familiares e interpersonales con ciudadanos argentinos, trabajo legítimo y legal, etc. sin generar ningún riesgo para nuestro país.

c) Inconstitucionalidad del procedimiento sumarísimo establecido por el DNU 70/2017, por afectar los derechos de mi representado. La ampliación del ámbito de discrecionalidad de la administración y la reducción de los derechos de los extranjeros, en el caso mi asistido.

Finalmente, toda vez que se ha impreso el trámite sumarísimo establecido por el DNU 70/2017, debo agraviarme de dicho tratamiento impreso a las actuaciones, toda vez que ese procedimiento implicó una alteración unilateral de las reglas de juego y significó una reducción sustancial de los plazos procesales, pasando de 30 días a 3 días hábiles para el supuesto de interposición de recursos, que perjudicó notablemente a la persona que debe ejercer en tan exiguo tiempo su defensa, y, en la práctica, imposibilitó al migrante su derecho a ser oído con las debidas garantías constitucionales, ofrecer y producir la totalidad de prueba que hace a su derecho, y que, en líneas generales, implica un menoscabo de su derecho de defensa en juicio.

Como ya lo explicaré, la afectación al derecho de defensa de CHEN QUAN resulta evidente. Y ello se ha debido, justamente, a que tanto el juez de grado como la Cámara Federal de Apelaciones de Rosario, al aplicar el procedimiento establecido por el DNU 70/17, ha reducido los plazos y ha impedido a esta parte presentar y producir la prueba que resultaba esencial para dirimir el caso.

Mi asistido no ha podido ejercer debidamente su derecho de defensa pues no se ha recibido la causa a prueba y se ha dictado sentencia sobre el fondo sin resolver cuestiones previas planteadas por esta parte. Resulta palmaria la afectación que le genera a mi asistido el procedimiento sumarísimo incorporado por el nuevo DNU 70/2017.

El decreto cuestionado se inmiscuye en la órbita del poder judicial, estableciendo plazos, dentro de los cuales, deberá resolver la cuestión.

Limitar los plazos de interposición de recursos, así como de resolución de los mismos, a plazos irrisorios, tal lo establecido por el Decreto DNU N° 70/2017, imposibilita y vulnera el derecho de todo migrante a entrevistarse con su abogado defensor, ser oído, recoger la prueba que intenta valer, formular los alegatos pertinentes y obtener por parte de la autoridad competente una decisión debidamente motivada.

Tales violaciones de derechos se evidencian en este caso, pues, como dije, mi asistido no pudo acercar toda la evidencia pertinente que hubiera obligado al juzgador a adoptar un temperamento adverso.

Como viene ocurriendo en otros supuestos de medidas de expulsión de extranjeros cuestionadas, es rechazado el planteo de inconstitucionalidad del DNU 70/17, con el fundamento de que no se vislumbra una afectación al derecho de defensa del extranjero, toda vez que éste presenta los recursos en tiempo oportuno -plazo de tres días-, cuestión que ha sido invocada por la misma Cámara Federal de Apelaciones de Rosario.

Pero la realidad, es que **el derecho de defensa no se reduce a esa mera formalidad**. La presentación en tiempo oportuno no significa el ejercicio correcto del derecho, pues, como pudo observarse a lo largo de este recurso, quedaron muchos elementos objetivos fuera del expediente judicial que hubieran modificado el temperamento adoptado. Ello se ha debido al **poco tiempo que tuvo esta defensa para presentar el recurso**. Ello, sin perjuicio de que, además, **no se abrió a prueba el expediente**.

A mayor abundamiento, la Corte también deberá considerar que la actuación de la defensa pública, quien interpone el presente recurso ha comenzado en segunda instancia, encontrándose corriendo el plazo para la interposición del presente recurso extraordinario federal, llegando el expediente a manos de la Defensoría Pública a sólo dos días previos al vencimiento del plazo. Todo lo cual obliga a actuar en representación y sin haber podido siquiera ubicar a la persona interesada para una entrevista previa. El avasallo al derecho de defensa en juicio es innegable.

Por último, sin perjuicio de lo expuesto, es necesario recordar que la aplicación retroactiva se encuentra normativamente prohibida. Al respecto, el artículo 7 del Código Civil y Comercial de la Nación sostiene que: *“Las leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, excepto disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales”*.

Tal tesitura ha sido seguida por la propia Dirección Nacional de Migraciones en su **Memorándum 05/17**, de fecha 2 de febrero de 2017, donde

instruyó a las delegaciones del interior sosteniendo que: ***“El Decreto 70/2017 será aplicable a todos los expedientes que se inicien con posterioridad al 31 de enero de 2017 (...) Fdo. Cristina Carmen Ciancio. Directora General Técnica Jurídica. Dirección Nacional de Migraciones”.***

En las condiciones expuestas, **se puede afirmar, que el DNU 70/17, con la implementación del procedimiento sumarísimo, ha venido a vulnerar el derecho de defensa de los migrantes. Pido entonces que declaren la inconstitucionalidad de ese decreto y en base a los hechos y probanzas aquí acreditados, revoque las sentencias dictadas, ordenando a la demandada, Dirección Nacional de Migraciones, a iniciar el correspondiente trámite de regularización migratoria.**

El Decreto 70/17 ha venido a ampliar el ámbito de discrecionalidad de la administración, habilitándola a disponer expulsiones masivas de los extranjeros, en clara violación de los derechos fundamentales y sin tomar en cuenta la situación particular de cada uno. Así, ha venido a reducir los derechos de los no nacionales, hasta su práctica aniquilación.

d) La falta de apertura a prueba del expediente. La consecuente vulneración del derecho de defensa de CHEN QUAN. El derecho a ser oído, a ofrecer y producir prueba y al acceso a la tutela judicial efectiva.

Debo poner de resalto, que tanto el juez de grado como la Cámara Federal de Apelaciones de Rosario, al no abrir la causa a prueba, han desconocido un derecho que emana en forma directa del plexo constitucional: **el derecho de defensa en toda su amplitud.**

En efecto, luego de que la Dirección Nacional de Migraciones contestara la demanda presentada por esta parte, en primera instancia, en los términos del art. 69 *septies* de la Ley 25.871 -es decir, en los términos de la Ley Nacional de Migraciones con las modificaciones introducidas por el DNU 70/2017, el juez de primera instancia paso a resolver. Posteriormente, lo mismo aconteció en la etapa de apelación.

Tras ello, el pasado 28 de agosto se dictó sentencia de Cámara que confirmó la sentencia de primera instancia.

Así se resolvió, sin una adecuada valoración de los elementos probatorios existentes en autos, a saber: certificado del Registro Nacional de Reincidencia que da cuenta de la carencia de antecedentes penales de CHEN QUAN, el arraigo que posee en el país y la afectación que le produciría de confirmarse la medida expulsiva.

Quiero aclarar que los elementos probatorios referidos surgen de las presentes actuaciones judiciales, aunque a mi criterio no han sido prolijamente resaltados por la defensa particular, que me precedió en la instancia, aunque entiendo que ello no pudo ser utilizado en detrimento de una persona en condición de vulnerabilidad como lo es mi asistido.

En el entendimiento que pretende dejar en claro esta defensa pública si se hubiera abierto la causa a prueba quizás el tribunal como una medida para mejor proveer podría haber ordenado la confección de un informe social tendiente a verificar el arraigo de mi asistido y sus medios de vida, su relación con la comunidad argentina, su manejo del idioma castellano, etc.

En este orden de ideas, cabe destacar que la actividad administrativa y la jurisdiccional, por imperativo del art. 31 de la Constitución Nacional, en función del art. 75 inc. 22, deben adecuar sus decisiones a los principios de interpretación de los Tratados Internacionales y a la doctrina legal que emana de sus órganos de aplicación permanentes.

En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, declaró, que las garantías de los arts. 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), no son exclusivamente imperativas para los procesos penales y, por el contrario, son plenamente aplicables a cualquier procedimiento, incluido así el procedimiento administrativo sancionador. Su finalidad es permitir el ejercicio pleno del derecho de defensa de las personas.

En este punto, debe resaltarse, que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuyos pronunciamientos resultan de imperativa aplicación y seguimiento por parte de los Estados Parte, en su sentencia del 31 de enero de 2001 (caso del "Tribunal Constitucional del Perú Vs. Perú"), ha establecido, en lo que aquí concierne, que: *"... Ya la Corte ha dejado establecido que a pesar de que el citado artículo [se refiere al 8° de la Convención Americana] no especifica garantías mínimas en materias que conciernen a la determinación de los derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter, el elenco de garantías mínimas establecido en el numeral 2 del mismo precepto se aplica también a esos órdenes y, por ende, en ese tipo de materias el individuo tiene también el derecho, en general, al debido proceso que se aplica en materia penal..."*

La prescripción contenida en el precedente citado, debe ser completada, para la adecuada resolución del caso de autos, con lo dispuesto por el mismo tribunal, en la sentencia dictada el 02 de febrero de 2001 (Caso "Baena Ricardo y otros Vs. Panamá" párrafos 124 y 129), en la cual sostuvo que "... Si bien el art. 8 de la Convención Americana se titula "Garantías Judiciales", su aplicación no se limita a recursos judiciales en sentido estricto, sino al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier tipo de acto del Estado que pueda afectarlos...".

"...La justicia, realizada a través del debido proceso legal, como verdadero valor jurídicamente protegido, se debe garantizar en todo proceso disciplinario [tal como el que nos ocupa], y los Estados no pueden sustraerse de esta obligación argumentando que no se aplican las debidas garantías del artículo 8 de la Convención Americana en el caso de sanciones disciplinarias y no penales. Permitirle a los Estados dicha interpretación equivaldría a dejar a su libre voluntad la aplicación o no del derecho de toda persona a un debido proceso..."

De esa forma, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha despejado cualquier discusión interpretativa sobre los alcances de las garantías de los arts. 8 y 25 de la CADH, en el ámbito del derecho administrativo sancionador, ampliando el marco de tutela individual, al condicionar la juridicidad de las sanciones administrativas al respeto inexcusable del derecho de defensa y debido proceso legal.

Es importante destacar que, **la falta de apertura a prueba en las dos instancias judiciales acontecidas, impidió a CHEN QUAN defender adecuadamente su derecho frente a un acto del Estado que tiene como consecuencia, nada menos, que su expulsión del país y su prohibición de reingreso por cinco años.** Los sentenciantes han decidido la cuestión sin adentrarse en los hechos y en el derecho oportunamente invocado.

La tutela judicial efectiva, tiene un alcance variable según las peculiaridades de cada situación jurídica, y necesita ser armonizada con factores o circunstancias, tales como la naturaleza del derecho individual alegado, el carácter de los organismos a que ha sido deferida la función jurisdiccional, la complejidad técnica de las materias sobre las que versa dicha función, la índole y magnitud de los intereses públicos comprometidos¹.

En el caso concreto, al impedir a la administrada contar con la posibilidad de ser oída mediante la valoración de la prueba documental, e incluso ante la ausencia de un informe social, se limitó severamente su derecho de defensa en juicio, lo que ocasionó un desequilibrio procesal y dejó al individuo sin tutela frente al ejercicio del poder punitivo estatal.

Ahora bien, la producción de la prueba resulta necesaria, a fin de que el sentenciante pueda vislumbrar de manera clara, el grave perjuicio que causaría al individuo ser expulsado del país, en donde tiene desarrollados sus vínculos sociales y su arraigo, sobre todo después de años de residencia en la Argentina.

¹ Fallos 244:548.

La doctrina es unánime al sostener, que la apertura a prueba, es la regla como conducta procesal más acorde con la amplitud que debe otorgarse al principio de la defensa en juicio y debe ordenarse, ante la más mínima duda acerca de la posibilidad de emitir un pronunciamiento justo en caso de atenerse únicamente a los elementos de juicio agregados hasta el momento a la causa. El tribunal tiene el deber de recibir la causa a prueba, siempre que se hayan alegado hechos conducentes, acerca de los cuales no hubiese conformidad entre las partes (Fassi, S. C. y Maurino, A. L. "Código Procesal Civil y Comercial Com. Anot. y Conc.", Ed. 2002, tomo 3, Págs. 380/381).

Asimismo, gran parte de la jurisprudencia, sostiene que, de conformidad con las disposiciones del art. 359 del CPCCN, la causa sólo podrá ser declarada de puro derecho, en aquellos casos, en que la existencia de un período probatorio resulte inútil, sea porque ambas partes carezcan de la posibilidad de ofrecer medios de prueba o porque ésta surja o se encuentre agregada al expediente y no medie objeción respecto a su admisibilidad o pertinencia ("Saldivar, M. A. y otros c. Estado Nacional (M° del Interior PNA) s/ Personal militar y civil de las FFAA y de Seg.", 12/07/2001, CNACAF, Sala IV).

De la misma manera, se ha afirmado que "*... con respecto al rechazo de la petición de declarar la causa como de puro derecho, cabe precisar que la pretensión de la actora requiere la determinación de situaciones fácticas para cuya elucidación es necesario producir, las pruebas ofrecidas (...) Por ello, revistiendo dicha declaración carácter excepcional y en pos de garantizar el debido derecho de defensa de las partes, es que tal agravio no puede prosperar.*

Por lo demás, la apertura de juicio a prueba es la regla y debe ordenarse ante la más mínima duda” (Conar- Constructora Argentina SRL c. DNV s. Contrato de obra pública”, CNACAF, Sala II 23/10/1997).

Este mismo espíritu, es el que ha sido receptado por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, al decir que: “... *En cuanto a la declaración de puro derecho, los eventuales hechos controvertidos configuran el elemento esencial para decidir la apertura a prueba, pues, esta es la regla y la declaración de puro derecho la excepción, ante la certeza de que no existen hechos susceptibles de ser probados...*” (“Collar Alfredo c. Goransky, Edith M., 23/04/1996, CNCiv, Sala G).

En un todo conteste con lo expuesto, el artículo 18 de la Constitución Nacional, determina que “*Es inviolable la defensa en juicio de la persona y los derechos*”, y su desconocimiento funda el agravio constitucional de privación de justicia.

Este principio constitucional, de tan clara formulación, no es exceptuado en norma expresa constitucional alguna. En consecuencia, por un elemental principio de lógica jurídica, si la regla general es que debe haber defensa en juicio de la persona y de los derechos, una excepción a tal regla, debe interpretarse restrictivamente, y, al menos, figurar expresamente contemplada en la norma.

Al respecto, nótese que, incluso el Decreto de Necesidad y Urgencia 70/2017 contempla la posibilidad de producir prueba en el marco del procedimiento sumarísimo (conf. arts. 69 ter y 89 bis de dicha normativa).

A la luz de lo expuesto, el principio de amplitud probatoria, configuraría la posibilidad de esta parte de aportar al proceso toda la prueba que considere oportuna para el ejercicio del derecho de defensa de CHEN QUANY permitiría la realización del test de razonabilidad sobre la medida de expulsión dispuesta.

Como puede advertirse, media en el caso **cuestión federal**. Asimismo, **existe una relación directa entre ella y la decisión que resulta contraria al derecho federal invocado.**

En consecuencia, y toda vez que las garantías vulneradas guardan relación directa e inmediata con lo resuelto en autos (conf. art. 15 de la ley 48), corresponde a la Corte efectuar el adecuado control de constitucionalidad y convencionalidad de la causa traída a estudio, a fin de que queden resguardados los derechos de mi representado.

(ii) De la existencia de una sentencia definitiva.

Resulta de público conocimiento, la doctrina de esa Corte, que limita la admisibilidad del recurso extraordinario a las sentencias definitivas, entendiéndose por tales, aquellas que *"ponen fin al pleito, impiden su continuación o causan un agravio de imposible o insuficiente reparación ulterior"* (Fallos 195:362; 257:187; 266:47; 298:113; 300:1136; 303:857 y 1040; 304:429 y 625; 308:1271).

En el presente caso, el pronunciamiento apelado, no ofrece ninguna dificultad al respecto, toda vez que, la sentencia que aquí se recurre, pone fin al pleito, y supone una cuestión que suscita un daño irreparable: la expulsión del país.

de CHEN QUAN con su prohibición de reingreso.

(iii) Tribunal Superior.

No pareciera abrigar dudas, a juicio de esta parte, que la Sala A de la Cámara Federal de Rosario, constituye el Tribunal Superior de esta causa, en los términos del Art. 14 de la ley 48, y conforme lo establece nuestro ordenamiento en el Art. 242 y concordantes del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

En este sentido, es importante destacar el fallo "Ojeda Hernández", donde esa CSJN sostuvo que, *a los fines del Art. 14 de la ley 48, la Cámara Contencioso Administrativo Federal, constituye el superior tribunal de la causa.* Vale poner de resalto que en éste caso la Cámara Federal de Rosario, al ser el órgano competente superior en la materia dentro la provincia queda equiparada a la Cámara Contencioso Administrativa Federal.

II. 3. REQUISITOS FORMALES.

(i) Introducción y mantenimiento de la cuestión federal.

Se planteó la cuestión federal al demandar, que fue la primera oportunidad que brindó el procedimiento para hacerlo, y se la mantuvo durante todo el proceso, en todas las instancias – al presentar y fundar el recurso de apelación, cuyo rechazo, dio origen a la presentación de este remedio extraordinario-.

(ii) Plazo y forma de interposición.

Este recurso se deduce dentro del plazo previsto por el artículo 257 del CPCCN, y, se encuentra fundado, con la autosuficiencia exigida por la ley 48

para hacerlo admisible, debiendo reconocerse, que se reúnen los recaudo formales aquí en examen.

III. ANTECEDENTES DE LA CAUSA Y LA SENTENCIA RECURRIDA.

II. 1. Actuación en sede administrativa.

Con fecha 21 de marzo de 2013 la Dirección Nacional Migraciones, mediante el dictado de la Disposición SDX N° SDX n°64711 denegó la solicitud de residencia en el país del a señor CHEN QUAN y ordenó su expulsión del país.

Contra la mentada medida mi asistido interpuso, en tiempo y forma, el respectivo recurso jerárquico invocando los motivos por los cuales consideraba aquella como infundada (ver expediente administrativo agregado a los presentes obrados), beneficio que le fue negado por resolución 79217 de fecha 13 de mayo de 2014..

Como consecuencia de la resolución citada, se presentó el recurso judicial pertinente, el 4 de septiembre de 2014, en los términos del art. 84 de la Ley N° 25.871.

En fecha 7 de junio de 2018 CHEN QUAN presentó apelación contra la resolución dictada por el Juez de Primera Instancia N°1 en fecha 5 de junio de 2018. Confirmada la expulsión que fuera el 28 de agosto de 2018 mediante acuerdo de la Sala A de la Cámara Federal de Apelaciones de Rosario, a fs. 244 se presentó el interesado revocando la designación de su anterior defensa.

III. 2. La demanda.

Al momento de interponer el recurso judicial en los términos del art. 84 de la Ley 25.871, se expuso la historia personal de CHEN QUAN en la Argentina.

En dicha demanda, se desarrolló el esquema jurídico aplicable al caso, enunciando el derecho que le asiste a mi defendido a residir en este país; las normas en juego y la interpretación correcta de ellas, con expresa mención y desarrollo de los principios de derecho internacional e interno aplicables al caso.

III. 3. La Sentencia del Juzgado.

El magistrado de primera instancia dictó sentencia, confirmando la orden de expulsión con prohibición de reingreso de CHEN QUAN.

En este sentido, el sentenciante efectuó una interpretación por demás restrictiva y que no se condice con los estándares del derecho internacional de los derechos humanos.

Asimismo, efectuó una arbitraria e irrazonable interpretación de las garantías constitucionales de mi asistido.

III.4. La sentencia dictada por la Sala A de la Cámara de Federal de Apelaciones de Rosario.

Contra la sentencia dictada por el Juez a cargo del Juzgado Federal N° 1 de Rosario, se presentó recurso de apelación el que obra a fs. 205 a 213 de los autos de marras.

La decisión de primera instancia fue confirmada por la Cámara Federal de Apelaciones de Rosario.

El rechazo del remedio de apelación presentado ante la Cámara Federal de Rosario, es el que motiva, ahora, la presentación de este Recurso Extraordinario Federal.

IV. LOS AGRAVIOS FEDERALES.

A continuación, abordaré la explicación fundamentada de las cuestiones federales, cuyo conocimiento y decisión por la Corte Suprema promuevo, mediante este recurso extraordinario.

IV.1. La interpretación efectuada por los jueces de la Sala A es inconstitucional por resultar ser una interpretación irrazonable del art. 29 in fine.

Esta parte se agravia, en cuanto a que el tribunal ha omitido considerar la dispensa establecida por el legislador en el último párrafo del art. 29 *in fine* de la Ley 25.871, efectuando una sesgada interpretación de la ley referida, que importó una clara afectación al principio de razonabilidad.

En este mismo sentido, el art. 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, establece que “1. *Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia... 2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques*”.

Cabe destacar al respecto, que mi defendido se encuentra viviendo en este país desde hace años, que carece de antecedentes penales y que trabaja lícitamente sin generar ninguna situación que implique un riesgo para el estado nacional. Se ha preocupado de generar vínculos con la cultura local, sus costumbres, idioma, etc.

Sin embargo, la Cámara Federal de Apelaciones de Rosario, entendió que el argumento esgrimido en cuanto a que el juez a quo no tuvo en cuenta las razones humanitarias que obligaron a mi asistido a salir de su país, debe ser desestimado ya que a criterio de ésta no surge la situación de excepción que alegó padecer CHEN QUAN concretamente porque no la ha probado.

Al respecto debo decir que si la razón humanitaria invocada por mi asistido con patrocinio de la profesional particular, no ha sido eficazmente probada obedece claramente a dos causas, a saber: 1) a la carencia de la etapa probatoria del presente trámite, cuestión que, a criterio de esta defensa pública, constituye otro agravio, y a que 2) la defensa técnica que asistió a QUAN no ha sido eficaz a los fines de probar la razón de dispensa invocada, pero entiendo que estas dos situaciones no pueden operar en detrimento del migrante, que por su misma condición se encuentra amparado por el derecho por pertenecer al colectivo de personas en condición de vulnerabilidad (véase Reglas de Brasilia sobre el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad).

Ahora bien, esta parte entiende que la interpretación efectuada por el tribunal es parcial, meramente formal y aparente.

A todo evento, e independientemente de lo *ut supra* expuesto, cabe destacar que el presente caso trata de una migrante y por ello ésta se encuentra inmersa en un grupo de la sociedad a quienes históricamente se los ha considerado como un sector vulnerable.

En este sentido, los antecedentes del sistema interamericano cobran especial relevancia cuando se los proyecta a casos como éste, por tratarse de un miembro de un grupo vulnerable como son los migrantes.

En tal sentido, la Corte IDH ha señalado que *“los migrantes indocumentados o en situación irregular han sido identificados como un grupo en situación de vulnerabilidad, pues son los más expuestos a las violaciones potenciales o reales de sus derechos y sufren, a consecuencia de su situación, un nivel elevado de desprotección de sus derechos (Corte IDH. Opinión Consultiva OC-18/03. Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C N° 251, párr. 152. Caso Vélez Loo vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C N° 218).*

IV.2) De la vulneración del derecho de defensa, la falta de apertura a prueba y el acceso a la tutela judicial efectiva:

Asimismo, también se ve agraviada esta parte en razón de que la Cámara, en el considerando 6) se ha limitado a decir que no constituyó óbice al ofrecimiento probatorio los plazos exiguos del procedimiento especial sumarísimo aplicado ya que se prevé la posibilidad de diligenciar determinados medios de prueba.

Concretamente, entiendo que por las características mismas del referido procedimiento especial la abogada particular que me precedió en la instancia no ha contado con suficientes herramientas como para ofrecer mayores elementos probatorios que los incorporados en autos.

Así las cosas, entiendo que hubiese sido esclarecedor contar con un informe social que diera cuenta de la situación objetiva del justiciable. Dicha medida se podría haber practicado a instancias de la misma Cámara Federal de Rosario que cuenta con una licenciada en trabajo social, puesto que la situación de vulnerabilidad del migrante justificaba ésta intervención como una medida para mejor proveer. Vale poner de resalto que cuando este Ministerio Público inicia la asistencia técnica de un migrante en sede administrativa e incluso judicial se le da intervención a la licenciada en trabajo Social de la Defensoría General de la Nación, en la jurisdicción, lo que no fue posible en el presente caso debido a que esta defensa pública ha tomado intervención, en el presente caso, avanzada la instancia.

La situación agravada de vulnerabilidad en la que solemos encontrar a los migrantes y las gravosas consecuencias que acarrea toda expulsión, requiere que el Estado receptor tome en cuenta las particularidades de su situación y garantice sin excepciones **que el migrante obtenga una sentencia razonable, en donde se decida sobre su situación en particular, valorando para ello la totalidad de las circunstancias que rodean al migrante.**

No obstante lo expuesto, en la resolución puesta en crisis, los magistrados han hecho una lectura parcial de las disposiciones de la ley 25.871, en desatención de los principios pro homine que ilumina dicho cuerpo legal y asignando prioridad a reglamentaciones de inferior jerarquía que ocasionan un detrimento a los derechos fundamentales del migrante.

En el caso cuyo conocimiento someto ante vuestra revisión, la interpretación arbitraria efectuada por los sentenciantes se ha realizado omitiendo el enlace e integración de una norma con el resto del ordenamiento jurídico, operación necesaria para resolver un litigio.

IV 3) De la cuestionada validez del acto administrativo de expulsión, la desproporcionalidad e irrazonabilidad:

En base a nuestro sistema constitucional de los derechos humanos, resulta necesario acreditar la razonabilidad de la medida dictada por la Administración. Más aún, cuando se trata de una medida restrictiva de derechos humanos.

La Cámara Federal de Apelaciones de Rosario, en el considerando 5) de la cuestionada sentencia, ha entendido que el acto administrativo dictado por la autoridad migratoria es válido en tanto ha sido emitido por la autoridad competente, porque no ha surgido arbitrariedad o ilegalidad manifiesta que lo invalide, porque se expusieron los fundamentos, etc.

A criterio de esta defensa, los requisitos de los arts. 7 y 8 de la ley 19.549, no se han cumplido puesto que la administración al resolver la expulsión de CHEN QUAN ha desconocido hechos y antecedentes que rodearon a la situación del mencionado, como por ejemplo que trabaja, que carece de antecedentes penales y que no ha generado un peligro para el estado. Asimismo, tampoco se ha atendido al derecho aplicable puesto que se ha pretendido efectuar una aplicación abstracta del art. 29 inc. k) de la ley 25.871 en palmaria violación

de los principios que guían el mismo cuerpo normativo, la Constitución Nacional y los Tratados conforme el art. 75 inc. 22.

La incorporación del art. 75 inc. 22 en la reforma de la Constitución Nacional del año 1994, ha dejado asentada las bases del llamado principio *pro homine* en el sentido de que el derecho debe, en todo momento, tener como meta, la 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. El Estado goza de privilegios, poderes y prerrogativas propios reconocidos por la Constitución Nacional, y sólo podrán justificarse cuando aseguren el respeto de los derechos Humanos.

De esta forma, el accionar discrecional del Estado se ve limitado por la obligación de atender los principios de proporcionalidad y razonabilidad, con lo cual entiendo que ello no ha acontecido debido a que se optó por la aplicación aislada y abstracta del art. 29 inc.k), cuando en realidad se debió valorar que dicha medida, es decir la expulsión, resultaba desproporcionada, puesto que CHEN es un joven migrante que como cualquiera de nuestros padres, abuelos, bisabuelos, etc. llegó a la Argentina en las condiciones que pudo para trabajar y obtener una vida mejor.

Sin embargo, los magistrados integrantes de la Sala A, **lejos de ponderar y valorar a la persona, como sujeto titular de derechos humanos, no hicieron más que convalidar una medida irrazonable y arbitraria.**

Por lo demás, y en función de la situación antes expuesta, también cabe destacar que la resolución en crisis, hizo caso omiso del principio *pro homine*

invocado por esta parte, destacado por la Corte y rector en materia de interpretación de Derechos Humanos, el cual impone acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria.

En este sentido, la sentencia aquí recurrida, en contraposición con el principio *pro homine* antes invocado, privilegió la facultad que tiene todo Estado de aplicar una determinada política migratoria, por sobre el derecho constitucional de migrar, trabajar, etc, cuando dichos derechos debieron actuar como límite a la potestad del Estado para decretar la expulsión.

Se verifica en el caso una cuestión federal de tipo directo, puesto que con el fallo recurrido el tribunal ha desconocido un derecho que emana en forma directa del texto constitucional. En efecto, se ha propuesto a los jueces una revisión judicial respetuosa del debido proceso adjetivo, en torno a las garantías procesales mínimas que deben regir en todo proceso disciplinario o administrativo sancionador, y la decisión del tribunal ha resuelto de modo contrario al pretendido.

Así, en la resolución aquí impugnada se ha convalidado una violación a derechos fundamentales que debe regir en todo procedimiento administrativo sancionador, como el que nos ocupa.

Por lo expuesto, es que esta parte se agravia al entender que la sentencia, dictada por los jueces de la Sala A, ha confirmado una medida

restrictiva, tal como lo es la orden de expulsión que pesa sobre mi asistido, la cual es desproporcionada, irrazonable e inconstitucional.

IV 4) De la inconstitucionalidad del procedimiento reglado por el decreto 70/17 y el perjuicio ocasionado al migrante:

La Cámara Federal de Apelaciones de Rosario, en el mismo considerando 5) de la resolución puesta en crisis, adujo que, como el acto administrativo de expulsión es válido, tampoco debe prosperar la inconstitucionalidad del DNU 70/17 y que además la actora no logró acreditar cual era el perjuicio concreto.

En mérito a la brevedad, me voy a remitir a lo expuesto, en este mismo recurso en el punto relativo a: *“La incostitucionalidad del procedimiento sumarísimo del DNU 70/17 que amplió el ámbito de discrecionalidad de la administración y la reducción de los derechos del extranjero”*.

Ahora bien, con respecto al perjuicio ocasionado a mí asistido, éste resulta evidente: la expulsión del país priva a CHEN QUAN de todos los derechos que adquirió en su trayectoria vital en la Argentina durante su residencia.

Consecuentemente, se debe advertir que la expulsión es una medida coercitiva, derivada del *ius puniendi* estatal, puesto que es entendida como el acto del Estado que compulsivamente obliga a un extranjero a abandonar su territorio, por lo cual: *“la expulsión nunca es ni un acto o hecho solicitado por la persona expulsada, ni un acto o hecho consentido por ella. Es una medida formal o una situación de fuerza irresistible que obliga a esa persona a abandonar el territorio del Estado que la expulsa. Este elemento de coerción es importante ya que permite*

distinguir a la expulsión de una salida normal o común del extranjero del territorio del Estado..." (Naciones Unidas, Informe de la Comisión de Derecho Internacional, 66º período de sesiones, con cita de las Règles internationales sur l'admission et l'expulsion des étrangers, adoptadas el 9 de septiembre de 1892 en el período de sesiones de Ginebra del Instituto de Derecho Internacional, art. 30).

En definitiva, la expulsión representa un mal que se le causa al afectado por medio del cual se lo priva de algún derecho fundamental y resulta absolutamente evidente que implica una disminución de algún bien jurídico del afectado.

En este sentido, resulta aplicable la jurisprudencia constante de la CSJN, que ha considerado que **las sentencias deben atender a las circunstancias existentes al tiempo de su dictado, aunque sean sobrevinientes** (conf. doc. de CSJN, Fallos 285:353; 310:819; 313:584; 325:2177, entre otros). Así se ha fallado, en casos como el presente, por ejemplo, en el expediente caratulado: "AGUILAR MIRANDA, ALBERTO JAVIER c/ EN-M INTERIORDNM s/RECURSO DIRECTO DNM" (Nro. 14122/2015, en trámite por ante el Juzgado en lo Contencioso Administrativo Federal N°10), asistida, la orden de expulsión dictada en su contra carece de causa, considerando esta parte que la misma se ha tomado ilegal.

V. RESERVA.

Para el hipotético caso de que esa Corte Suprema de Justicia de la Nación, no haga lugar al recurso intentado, esta parte hace expresa reserva de recurrir ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, de conformidad

con lo dispuesto en los artículos 48 y siguientes de la Convención Interamericana de Derechos Humanos.

VI. PETITORIO.

Por todo lo expuesto, solicito:

1. que se tenga por deducido, en legal tiempo y forma, el presente recurso extraordinario federal;
2. previa sustanciación mediante los traslados de ley, se conceda la apelación extraordinaria intentada, con base en la existencia de cuestiones federales suficientes antes expuestas;
3. oportunamente, se eleven las actuaciones a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, para que proceda a hacer lugar al recurso extraordinario deducido, revocando la sentencia apelada, en los términos del artículo 16, segunda parte, de la ley N° 48, con expresa imposición de costas.

Proveer de conformidad que,

SERÁ JUSTICIA.



MARIA FERNANDA TUGNOLI
PROSECRETARIA LETRADA COM.
DEFENSORA COADYUVANTE
DEFENSORIA GRAL. DE LA NACION