

## Migraciones Ingreso Irregular Expulsion

### JURISPRUDENCIA

### Migraciones. Ingreso irregular. Expulsión

Se confirma el

fallo que declaró irregular la permanencia del actor en el país, ordenó su expulsión y prohibió su reingreso, en tanto se comprobó que había ingresado irregularmente al territorio nacional.

En Buenos Aires, a los 14 días del mes de marzo de 2019, reunidos en acuerdo los señores jueces de la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal para conocer del recurso interpuesto en autos "Chen, Haojin c/ EN - M Interior OP y V - DNM s/ recurso directo DNM", respecto de la sentencia obrante a fs. 56/60, el Tribunal estableció la siguiente cuestión a resolver: ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada?

El doctor José Luis Lopez Castiñeira dijo: I. La señora Haojin Chen, de nacionalidad china, interpuso recurso judicial directo -en los términos del artículo 69 septies de la ley 25.871, modificada por el decreto 70/2017- contra la Disposición de fecha 26 de febrero de 2018, por la que se rechazó el recurso jerárquico que había interpuesto contra la Disposición SDX N° 123205, del 4 de julio de 2017 (ver fs. 2 y copia de la Disposición 38097 agregada a fs. 8/10).

II. El señor Juez de primera instancia rechazó el recurso interpuesto, con costas por no existir méritos para su dispensa. Además, aclaró que -una vez firme el pronunciamiento- la Dirección Nacional de Migraciones (en adelante, D.N.M.) podrá concretar la retención de la extranjera, en los términos de lo establecido en los arts. 69 septies, sexto párrafo, y 70 de la ley 25.871. Para decidir de ese modo, -luego de efectuar una breve reseña de lo actuado en sede administrativa- consideró que resultaba acreditado que los actos dictados por la Administración cumplían todos y cada uno de los requisitos esenciales del acto administrativo (conf. artículos 7° y 8° de la Ley 19.549), por lo que no se advertía menoscabo alguno respecto de los derechos de la actora, por inobservancia de lo establecido en la normativa procesal administrativa mencionada y lo dispuesto por la Ley 25.871. Recordó lo dispuesto por el art. 29, inc. k), de la ley 25.871 -en su versión vigente al momento del dictado del acto impugnado- y destacó que la situación allí prevista, de carácter puramente objetivo, se verificaba en el presente caso, en virtud de la declaración jurada prestada por la Sra. Chen respecto a su ingreso irregular al país, circunstancia considerada por la autoridad migratoria para resolver en las disposiciones cuestionadas. Por otro lado, en lo relativo a la pretensión de regularizar la situación migratoria, señaló la escueta línea argumental expuesta por la extranjera y, además, recordó lo establecido por el art. 29, último párrafo, de la ley de migraciones. En ese sentido, estimó que resultaba insuficiente la mera alusión hecha por la actora respecto a que poseía familiares en el país (v. fs. 2vta.), toda vez que los extremos de sus argumentaciones no fueron acreditados en la causa. No obstante lo expuesto, puso de resalto que la aplicación de la aludida dispensa es una facultad discrecional de la Dirección Nacional de Migraciones, por constituir un ejercicio propio de la Administración, cuyos actos han de ser controlados por el Poder Judicial en orden a su razonabilidad, sin que esto habilite a los jueces para sustituir el criterio administrativo, salvo error (de hecho o derecho), omisión, o vicio con entidad suficiente para invalidar el acto dictado, cuestión que no se verificaba en la causa, no existiendo -además- pruebas que lo sustenten (en los términos del art. 377 del Código Procesal). Consideró que, por lo expuesto, la disposición atacada en autos se había limitado a la aplicación de una de las causales que obstan al ingreso y permanencia de los extranjeros en el país, pues la parte actora admitió haber ingresado a la República eludiendo al control migratorio; a la vez que tampoco había acreditado alguna causal que permitiera la aplicación de la dispensa excepcional y discrecional prevista en el art. 29, última parte, de la Ley de Migraciones; por lo que concluyó que debía rechazarse el recurso intentado.

III. Disconforme con lo resuelto, a fs. 61/62, la parte actora interpuso recurso de apelación y expresó agravios, que fueron contestados por su contraria a fs. 75/78 vta. A fs. 84 y vta. el señor Fiscal General contestó la vista conferida. La recurrente sostuvo que la magistrada había efectuado una errónea valoración de la prueba -en el caso, no había ponderado su ingreso al país con pasaporte válido y legal-; además, había omitido evaluar las circunstancias subjetivas que motivaron que la actora quedara en estado de vulnerabilidad legal -la falta de intencionalidad de infringir la ley, en tanto fue víctima de engaños-; y, como así también, la tramitación de su certificado de radicación precaria lo cual -según su posición- demostraba la intención de regularizar su situación migratoria. Por otro lado, alegó que no había contado, de manera previa a su declaración migratoria, con asesoramiento técnico legal; y que recién al momento de presentar el recurso judicial, tuvo -por propia iniciativa- asesoría jurídica ya que así lo obliga el decreto 70/17. Por último, se quejó de la imposición a su parte de las costas correspondientes a la instancia de grado, dado que no existió una pretensión propiamente dicha, sino que la única petición estuvo enderezada al control judicial de un acto administrativo.

IV. De manera preliminar, debe dejarse en claro que el tratamiento de las quejas relativas a la falta de asesoramiento técnico legal -o asistencia jurídica- en sede administrativa, resulta inadmisibles. Recuérdese que el art. 277 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación prohíbe a la Alzada fallar sobre capítulos no propuestos a la decisión del Juez de primera instancia, en virtud del principio de congruencia. Ello es así, pues la

demanda y su contestación trazan como límite al conocimiento del tribunal de segunda instancia el thema decidendum sometido por las partes en la instancia anterior. La apelación no importa un nuevo juicio donde las partes pueden traer a decisión de la Alzada pretensiones u oposiciones que no fueron materia de debate en la instancia precedente (doct. esta Sala, ?F. J. C.?, causa n° 35.172/09, del 05/03/15; ?Pérez Ricardo César?, causa n° 48.617/06, del 12/12/12; Sala V, ?San Hilario Dante Patricio?, causa n° 1.426/10, del 06/11/14; Sala IV, ?Biessy Ana María y otros?, causa n° 29.847/96, del 29/08/00; Sala I, ?Yanov Eduardo Raúl?, causa n° 5.924/00, del 07/09/00; ?Panorama TV SRL EF?, causa n° 4.619/92, del 23/09/10; Sala III, ?Sciola Genaro?, causa n° 40.726/95, del 07/02/06). Es que, si bien el recurso de apelación contra la sentencia de la anterior instancia abre la jurisdicción de la Alzada a los efectos de resolver si la sentencia se ajusta a derecho, en manera alguna habilita a fallar sobre las peticiones formuladas en segunda instancia con prescindencia de las cuestiones planteadas ante el Juez a quo, pues el primer presupuesto de la división de los tribunales en grados es que la decisión propuesta a la alzada haya sido demandada ante primera instancia (Sala IV, ?ANA c/ Lustig Roberto C. s/ Ejecución fiscal?, causa n° 13.906/93, del 17/10/96). Inclusive, se ha considerado que las cuestiones susceptibles de tratamiento en segunda instancia no pueden ser modificadas ni siquiera por acuerdo de partes, toda vez que no se trata de una cuestión disponible (esta Sala, ?Falk Gerardo Francisco Julio c/ EN - M° Defensa - Armada s/ Daños y perjuicios?, causa n° 1.291/05, del 13/03/12; y sus citas). Teniendo en vista ello, debe advertirse que en el escrito inicial la actora no mencionó siquiera la ausencia de asesoramiento jurídico que ahora pretende invocar y, menos aún, introdujo agravio alguno sobre el tópico. En tales condiciones, los argumentos relativos a la supuesta ausencia de asistencia jurídica en sede administrativa, al remitir a cuestiones que no fueron oportunamente sometidas a decisión de la instancia de grado, no pueden ser analizados en esta Alzada. V. Sentado lo anterior, no puede dejar de señalarse que las argumentaciones ensayadas por la parte actora en su presentación recursiva no contienen una crítica concreta y razonada de los fundamentos centrales sostenidos por el señor Juez de primera instancia, en tanto no demuestran el desacierto de su decisión. La recurrente se limitó a manifestar su disconformidad con el pronunciamiento y a señalar que no se tuvieron en cuenta las particularidades del caso (que ha construido su vida en el país, sin intención de infringir la ley; que fue víctima de engaños; y que había ingresado al país con pasaporte válido y legal), pero, concretamente, no rebatió los argumentos en los que el Juez a quo sustentó su decisión. En efecto, en el escrito recursivo no se hace referencia alguna a los fundamentos de la D.N.M., evaluados y desarrollados en la sentencia de grado, relativos a la subsunción de la situación de la actora en el impedimento contenido en el artículo 29, inciso k), de la ley 25.871 -por haberse tenido por verificado su ingreso ilegal al país-, causal en la que la autoridad migratoria fundó, en definitiva, su expulsión del territorio nacional. No obstante, y en resguardo de la garantía de la defensa en juicio, se examinará si las disposiciones cuestionadas son razonables y ajustadas a derecho. VI. En tal cometido, no puede perderse de vista que la Corte Interamericana de Derechos Humanos admitió que la determinación de la política migratoria -entendida como todo acto o medida institucional que versa sobre la entrada, salida o permanencia de población nacional o extranjera dentro de su territorio-, es potestad de los Estados, que cuentan con un ámbito de discrecionalidad a tal fin (?Vélez Loor vs. Panamá?, sentencia del 23/11/10). En sentido concordante, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que toda nación soberana tiene como poder inherente a su soberanía la facultad de prohibir la entrada de extranjeros a su territorio o de admitirlos en los casos y bajo las condiciones que ella juzgue libremente prescribir (doctrina Fallos: 164:344; esta Cámara, Sala I, ?Velito Castillo Luis Antonio c/ EN - DNM - Ley 25.871 - Disp. n° 1491/10 s/ proceso de conocimiento?, causa n° 6.076/11, 13/11/2014), y que el incuestionable derecho de cada Estado de regular y condicionar la admisión de extranjeros en la forma y medida en que lo requiera el bien común en cada circunstancia, no es incompatible - como principio- con las garantías consagradas por la Ley Suprema (doctrina Fallos: 183:373; 200:99; 313:101; esta Sala, ?Garcete Balbuena Edgar Ramón c/ EN - M° Interior - DNM s/ recurso directo DNM?, causa n° 22.018/14, 04/04/2017). En este orden de ideas, una interpretación armónica de las disposiciones constitucionales permite concluir en la posibilidad de reglamentaciones razonables al disfrute de los derechos por parte de los extranjeros; y la primera restricción a esos derechos está constituida por la exigencia de entrada y permanencia legal en nuestro país (Gelli, María Angélica, ?Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada?, Tomo I, La Ley, Buenos Aires, 5° edición, 2018, pág. 500; esta Sala, ?F.M.B. y otro c/ EN - M° Interior - Resol. n° 642/11 - Expte. n° 890.046/11 - Conaref - 59/11 y otros s/ proceso de conocimiento?, causa n° 19.294/11, 06/07/2017). En consonancia con ello, la Ley de Política Migratoria Argentina 25.871 reguló la admisión, ingreso, permanencia y egreso de personas (art. 1°). En esa línea, estableció que: ?El Estado asegurará las condiciones que garanticen una efectiva igualdad de trato a fin de que los extranjeros puedan gozar de sus derechos y cumplir con sus obligaciones, siempre que satisfagan las condiciones establecidas para su ingreso y permanencia, de acuerdo a las leyes vigentes? -énfasis agregado- (art. 5°). En cuanto interesa, en el inciso k) del artículo 29 de la ley 25.871 -modificado por el decreto 70/2017 y específicamente invocado por la D.N.M. para fundamentar su decisión-, se estableció como impedimento para la admisión o permanencia en el territorio nacional el hecho de que el extranjero haya ingresado ?eludiendo el control migratorio o por el lugar o en horario no habilitados al efecto?. Así, en el artículo 34 se dispuso que ?[e]l ingreso y egreso

de personas al territorio nacional se realizará exclusivamente por los lugares habilitados por la Dirección Nacional de Migraciones, sean éstos terrestres, fluviales, marítimos o aéreos, oportunidad y lugar en que serán sometidos al respectivo control migratorio?. Y en el artículo 37 se prescribió que “[e]l extranjero que ingrese a la República por lugar no habilitado a tal efecto, o eludiendo cualquier forma de control migratorio, será pasible de expulsión en los términos y condiciones de la presente ley?”. VII. Sentado ello, corresponde señalar que la autoridad administrativa, al disponer la expulsión de la migrante del país, ponderó que su conducta se subsumía en el impedimento para el ingreso y permanencia de los extranjeros en el territorio nacional previsto en el artículo 29, inciso k), de la ley 25.871 consistente -como ya se señaló- en intentar ingresar o haber ingresado al territorio nacional eludiendo los controles migratorios, o por lugar o en horario no habilitados al efecto (ver Disposición SDX N° 123205/17, obrante a fs. 19/22 del expte. adm.). A ese fin, la D.N.M. tuvo por acreditado que la actora había ingresado al territorio nacional en forma irregular con la constatación en sus registros respecto de que aquélla carecía de tránsito de ingreso al país y de todo antecedente migratorio -circunstancia expuesta en el segundo considerando de la Disposición SDX N° 123205/17 (ver fs. 19 del expte. adm.) y en el Dictamen SDX 8302/17 (íd. fs. 11/12)- y con el Acta de Declaración Migratoria e Intimación a Regularizar N° 73761, del 7 de diciembre de 2016, -en la que la actora había manifestado, con carácter de declaración jurada y con asistencia de un intérprete, haber ingresado al país de manera irregular (ver fs. 1/2 del expte. adm.). Además, debe tenerse presente que el artículo 36 del decreto 616/2010 (reglamentario de la ley 25.871) establece que, sin perjuicio del registro y sistematización de datos que debe cumplir la D.N.M., los extranjeros están obligados a conservar la documentación que acredite su ingreso legal al territorio argentino, debiendo devolverla a la autoridad migratoria al momento de su egreso y exhibirla en toda oportunidad que le sea requerida por la autoridad competente. No obstante, en el caso, la actora siquiera contravirtió su ingreso irregular al país [eludiendo los controles migratorios, o por lugar o en horario no habilitados al efecto] y menos aún acompañó la correspondiente documentación, demostrativa de su entrada regular al país y a cuya conservación está normativamente obligada (art. 36 del decreto 616/10), lo que basta para tener por configurado un supuesto de expulsión del territorio nacional. Por ser ello así, carece de sustento el argumento vertido por el recurrente relativo a que el magistrado de grado -al valorar la prueba rendida en autos- había omitido considerar el ingreso del actor al país con un pasaporte válido y legal, cuando -vale reiterar- de la copia agregada en autos no surge intervención alguna de la autoridad nacional competente para realizar el control migratorio (ver fs. 6/8 de las act. adm.). VIII. De otro lado, cabe precisar que conforme surge de la redacción del texto del inciso k) del artículo 29 de la ley 25.871 -modif. dec. 70/17-, no se requiere para su aplicación que el extranjero haya actuado con intención de ingresar al país en forma irregular o dolo (cónf. doct. esta Sala, ?Chen, Xingchang c/ EN - DNM s/ recurso directo DNM?, causa n° 62.415/2017, 12/04/2018), sino que demarca un supuesto de carácter eminentemente formal y objetivo en donde basta la constatación de la conducta descripta. Una vez acreditado el comportamiento en cuestión, y no existiendo motivos que justifiquen el otorgamiento de dispensa, corresponde a la D.N.M. disponer la expulsión de conformidad con el artículo 37 (cónf. Sala IV, ?Ni, Bingyu c/ EN - DNM s/ recurso directo DNM?, causa n° 32.101/17, 28/09/2017 y ?Xia, Weng c/ EN - DNM s/ recurso directo DNM?, causa n° 45.112/17, 19/10/2017). Además, la circunstancia invocada -de forma genérica- por la actora relativa a que habría sido víctima de engaños no ha sido mínimamente explicada ni mucho menos acreditada. IX. Como corolario de los desarrollos que anteceden, y en sentido concordante con lo considerado por el señor Juez de grado, cabe concluir en que, en el sub examine, la D.N.M. se limitó a verificar la concurrencia de uno de los supuestos objetivos previstos como impedimento para ingresar y permanecer en el país y que determina la expulsión del territorio nacional, sin que la recurrente haya demostrado -o, mínimamente, alegado- irrazonabilidad o arbitrariedad en el obrar administrativo, así como tampoco que el tratamiento acordado resulte incompatible con las normas de protección de derechos humanos (ver, en este sentido, CSJN, ?Granados Poma Héctor c/ EN - DNM - Resol. n° 104.574/09 - Expte. n° 2.293.077/07 s/ amparo ley 16.986?, 28/08/2012; y esta Cámara, Sala I, ?Velito Castillo?, cit.). Cabe recordar que medidas como la aquí revisada constituyen el ejercicio de un poder propio de la Administración y que, dentro de ella, la competencia ha sido asignada a un órgano estatal especializado creado al efecto, cuyos actos han de ser controlados en su legalidad y razonabilidad por el Poder Judicial, sin que ello habilite a los jueces a sustituir el criterio administrativo por el suyo propio (esta Sala, doct. ?Sierra Otero Rosario Antuane c/ EN - M Interior - DNM - Ley 25.871 - Resol. n° 1393/10 - Expte. n° 524.043/01 s/ recurso directo para juzgados?, causa n° 5.877/11, 17/11/2015 y ?Lin Yu c/ EN - DNM - Disp. n° 69.130/08 s/ recurso directo DNM?, causa n° 35.631/12, 13/11/2014; Sala III, ?Encomenderos Noriega Walter Luis c/ EN - M Interior - DNM - Disp. n° 2.358/10 - Expte. n° 225.826/01 s/ recurso directo DNM?, causa n° 10.989/12, 30/12/2015; ?Rojas Torres Emigdia c/ EN - M Interior - DNM s/ recurso directo DNM?, causa n° 5.916/14, 12/07/2016). En consecuencia, debe confirmarse la sentencia apelada en cuanto desestimó el recurso judicial interpuesto contra las Disposiciones SDX N° 123205/17 y N° 38097/18. X. Por último, tampoco puede prosperar el agravio de la recurrente en torno a la imposición de costas dispuesta en la sentencia de grado. Sobre particular, este Tribunal tiene dicho que la pretensión impugnatoria de los actos administrativos dictados por la D.N.M., por los que dispone la expulsión de un extranjero del

territorio nacional, no recibió una regulación especial en la ley 25.871 que autorice la eximición de costas al vencido. Por ello, resultan aplicables supletoriamente a este especial modo de ejercicio de una acción contenciosa, las normas del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación sobre gastos causídicos y, en particular, su artículo 68 (esta Sala, ?Zhang Hengfeng c/ EN - DNM s/ Recurso directo DNM?, causa n° 71.429/17, del 22/05/18). Dicho precepto establece, en su párrafo primero, como principio general, que la parte vencida en el proceso deberá pagar todos los gastos de la contraria, aun cuando ésta no lo hubiese solicitado. Y si bien este principio no es absoluto, en tanto la segunda parte del citado precepto prevé la posibilidad de eximir del pago de las costas al vencido cuando el juzgador encontrare mérito para ello, la doctrina y la jurisprudencia señalan que la exoneración reviste carácter excepcional y es de interpretación restrictiva, por lo que sólo procede sobre la base de circunstancias objetivas y muy fundadas. Extremos que no se advierte que concurren en la especie, por lo que habrá de confirmarse lo resuelto sobre el punto en la instancia de grado. Por análogas razones, igual tesitura ha de seguirse respecto a los accesorios de esta Alzada, que deberán ser soportados íntegramente por la actora vencida (art. 68, primera parte, C.P.C.C.N.). En mérito de las razones expuestas, propongo: rechazar la apelación deducida por la parte actora y, en consecuencia, confirmar la sentencia apelada, con costas de esta alzada. ASÍ VOTO. El doctor Luis María Márquez y la doctora María Claudia Caputi adhieren al voto precedente. En virtud del resultado que informa el acuerdo que antecede, el Tribunal RESUELVE: rechazar la apelación deducida por la parte actora y, en consecuencia, confirmar la sentencia apelada, con costas de esta alzada. Regístrese, notifíquese -a las partes y al señor Fiscal General, en su público despacho- y, oportunamente, devuélvase. LUIS MARÍA MÁRQUEZ MARÍA CLAUDIA CAPUTI JOSÉ LUIS LOPEZ CASTIÑEIRA 038482E