

EL TRATO A LOS EXTRANJEROS: GARANTIAS JUDICIALES

Por: GABRIEL B. CHAUSOVSKY

"Si bien la garantía amplia casi siempre protege a los pillos, basta que una vez por año proteja a los ciudadanos de bien, para que deba respetarse y mantenerse en toda su plenitud, incluso ante la Administración. Su afianzamiento por vía legislativa y pretoriana se hace indispensable y urgente, sin perjuicio de establecer algunas excepciones razonables fundadas en clara urgencia que limiten excepcionalmente la garantía. Ello siempre que exista posibilidad de impugnación por recurso o vía ordinaria sin tornar ilusoria la libertad defendida" (Juan Francisco Linares, "La garantía de defensa ante la Administración" L.L.142-1146).

1) Partiendo de la posibilidad de reconocer funciones jurisdiccionales a órganos administrativos se advierte un desarrollo doctrinario y jurisprudencial cuya evolución, aún cuando su resultado actual no nos satisface, exige una mención de aquellas posturas que han tenido relevancia con el correr del tiempo.

Corresponde recordar que, con especial énfasis desde la reforma constitucional de 1994, ningún análisis puede prescindir de las normas internacionales que establecen, sin dejar lugar a dudas, la necesidad de la existencia del derecho a la jurisdicción, entre las que cabe citar: la carta de la Naciones Unidas, art.55; la Declaración Universal de Derechos Humanos, art.10; el Pacto Internacional de derechos civiles y políticos, art.2 inc.3° y art.14; en el ámbito regional cabe destacar la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948, art.18 y la Convención Americana sobre Derechos Humanos de San José de Costa Rica, art.8.¹

2) Sentado este primer aspecto cabe recordar el debate acerca de si el poder administrador puede ejercer funciones jurisdiccionales, cuestión que tiene íntima vinculación con el concepto de juez natural. Es conveniente indicar, en este sentido, que la mención al juez natural se produce por primera vez en el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa: "Ermenegildo Jaramillo c/ Severo Chumbita"² y que ello implicó un apartamiento del texto expreso del art.18 de la Constitución Nacional que se refiere a la imposibilidad de sacar al habitante de los jueces designados por ley anterior al hecho de la causa. Este apartamiento, sin embargo, ha originado una constante e

¹ Ver en este sentido considerandos 10 y 11 del voto del Dr.Boggiano en la sentencia de la C.S.J.N., in re "Nadel, León", LL 1994-A-195.

² Fallos 17-22.

invariable jurisprudencia en este sentido tal como lo desarrolla Alberto B. Bianchi :³

En lo que aquí interesa, es la eventual consideración de un tribunal administrativo como juez natural lo que motiva el comentario.

Si se admite esta postura, de lo que no puede prescindirse es que debe garantizarse el debido proceso en sede administrativa, lo que sucesivamente exige citación, audiencia, prueba y sentencia.⁴

“No pueden admitirse facultades ilimitadamente discrecionales ni tampoco que, so color de “discrecionalidad”, se vulneren impunemente las garantías y derechos consagrados en la Constitución. El Poder Ejecutivo debe necesariamente obrar dentro de la legalidad y todo acto, que emane de una facultad reglamentada o discrecional, debe estar de acuerdo con lo que la ley, en sentido lato, establece o manda. No se cumple con la ley con respetarla en su forma pero no en su fin; toda norma jurídica tiene una virtud: su justicia, porque si el derecho no es justo ha de ser repudiado, aunque obedecido sólo por temor y desgraciado el pueblo que respeta las instituciones sólo por temor al castigo.”⁵

Téngase en cuenta que igualdad como prohibición de discriminación jurídica es tanto igualdad ante la ley como igualdad en la aplicación de la ley.⁶

Se ha dicho bien que “ Los jueces no deben gobernar, pero deben controlar que los gobernantes no violen las garantías constitucionales. En el caso se trataba de juzgar si el uso de esta facultad discrecional otorgada por el legislador, vulneraba o no garantías constitucionales. En este sentido y sobre la justiciabilidad de los actos de gobierno se ha dicho que “bajo la Constitución Nacional todos los actos del Poder Ejecutivo que afecten derechos de los habitantes serán, en principio, judicialmente revisables” (Guastavino, p.286). De tal modo, y salvo excepciones como los actos puramente institucionales, los actos de gobierno son revisables judicialmente cuando la discrecionalidad es ejercida de un modo lesivo de garantías constitucionales.”⁷

³ “Apuntes en torno al concepto de Juez Natural, con particular referencia a los jueces administrativos”, en ED 127-933.

⁴ Juan Francisco Linares, “ La garantía de defensa ante la Administración”, LL 142-1137.

⁵ Roberto Enrique Luqui, “ El examen de razonabilidad de los actos administrativos por el Poder Judicial”, LL 132-397.

⁶ Juan Antonio García Amado, “Igualdad y Discriminación”, Congreso Internacional sobre la Persona y el Derecho en el Fin de Siglo, Santa Fe, 1996, p.36.

⁷ Ricardo Lorenzetti, “La acción de amparo para la participación de las asociaciones en el control de los servicios públicos”, en Revista La Ley del 19-2-1997, p.9.

Es cierto que esta posición se puede poner en disputa como también que no podemos ignorar la existencia de regímenes administrativos con procedimientos más o menos garantistas. Cabe adelantar, sin embargo, que el procedimiento administrativo al que nos referiremos más adelante no respeta ninguna garantía, ni satisface mínimamente las exigencias constitucionales y de los tratados internacionales en este sentido, y, además, pretende ser irrevisable judicialmente.

3) La doctrina ha reseñado la evolución de estos asuntos señalando que la Corte Suprema de Justicia de la Nación adoptó en un principio, y luego de un interregno actualmente lo hace, la que se denomina teoría de la subsanación. Esta puede sintetizarse expresando que en tanto y en cuanto las restricciones de las garantías que existan en el proceso administrativo se puedan subsanar en un trámite judicial posterior, no existe agravio que justifique la nulidad del trámite administrativo, en la medida que en sede judicial se puedan proponer las medidas probatorias y formular los alegatos que sustituyan las omisiones de la sede administrativa.⁸

“Sería ingenuo y peligroso creer que la defensa de la Nación y la República, no tiene otra vía que la coacción impuesta por la actividad de los órganos estatales. En ciertas circunstancias, sin duda- bien se sabe-, la coacción es la última ratio. Pero ni una ley ni muchas leyes, represivas o no, pueden por sí solas, asegurar la defensa de la Nación y la República. Creer en el poder demiúrgico de la ley es caer en el “fetichismo de la ley”. Ningún mecanismo institucional resultará operante, si falta la acción continua y decidida de los ciudadanos concientes. Y para ello se requiere, ante todo, una incesante y edificante pedagogía republicana.”⁹

De aquí se desprende que el tribunal administrativo no es juez natural porque no se le exige lo que es imprescindible para un juez natural, pero que de alguna manera se toleran sus torpezas siempre que existan lo que se ha dado en llamar “control judicial suficiente”.

Antes de entrar en este concepto es de resaltar que durante el período que corre a partir de 1955 y en tanto el Dr. Sebastián Soler fue Procurador General, la Corte exigió el debido proceso en sede administrativa, anulando las actuaciones en las que constataba que el mismo no se había respetado. Este periodo fue breve pero edificante.¹⁰

⁸ Fallos 212-457.

⁹ Opinión del Procurador General de la Nación, Dr. Mario Justo López ante la C.S.J.N., in re “Carrizo Coito, Sergio v. Dirección Nacional de Migraciones”, JA 1980-IV-117.

¹⁰ Ver una reseña en Juan Bosch, “La actividad jurisdiccional de la Administración Pública y la garantía del debido proceso”, en Revista La Ley del 6-12-1996.

Es de hacer notar que, por ello, en la causa "Parry", la Corte admite la función jurisdiccional de órganos administrativos para, a su vez, exigir vigorosamente el respeto a los derechos y garantías constitucionales con énfasis en la inviolabilidad de la defensa en juicio, cuando no puedan ser revisadas judicialmente.¹¹

Pero esta posición queda abandonada a partir de la importante causa "Elena Fernández Arias y otros v. José Poggio / sucesión".¹² Aunque es sumamente conocida, mencionaré algunos párrafos que por su claridad y fuerza de convicción dejan aclarado el criterio del máximo Tribunal: "La doctrina según la cual es válida la creación de órganos administrativos con facultades jurisdiccionales, no supone la posibilidad de un otorgamiento incondicional de tales atribuciones. La actividad de esos órganos se encuentra sometida a limitaciones de jerarquía constitucional que no es lícito transgredir, entre las que figura, ante todo, la que obliga a que el pronunciamiento jurisdiccional emanado de órganos administrativos quede sujeto a control judicial suficiente."

"El alcance que el control judicial de las resoluciones jurisdiccionales de órganos administrativos necesita poseer para que sea legítimo tenerlo por verdaderamente suficiente, no depende de reglas generales u omnicomprensivas sino que ha de ser más o menos extenso y profundo según las modalidades de cada situación jurídica, lo que obliga a examinar en cada caso los aspectos específicos que singularizan a la concreta materia litigiosa."

"Si bien la Corte Suprema ha admitido la actuación de cuerpos administrativos con facultades jurisdiccionales, lo hizo luego de establecer, con particular énfasis, que la validez de los procedimientos hallábase supeditada al requisito de que las leyes pertinentes dejaran expedita la instancia judicial posterior."

"... control judicial suficiente quiere decir: a) reconocimiento a los litigantes del derecho a interponer recurso ante los jueces ordinarios; b) negación a los tribunales administrativos de la potestad de dictar resoluciones finales en cuanto a los hechos y al derecho controvertidos, con excepción de los supuestos en que, existiendo opción legal, los interesados hubiesen elegido la vía administrativa, privándose voluntariamente de la judicial. La mera facultad de deducir recurso extraordinario basado en inconstitucionalidad o arbitrariedad, no satisface las exigencias que en la especie han de tenerse por imperativas. Una interpretación contraria sería violatoria del art.18 de la Constitución Nacional que, en supuestos como el del caso, garantiza a los habitantes del país el derecho a ocurrir ante un órgano judicial en procura de justicia; y también del

¹¹ Fallos 193-408.

¹² Fallos 247-1960.

principio de la división de los poderes, cuya adecuación a las necesidades de la vida contemporánea no autoriza un total desposeimiento de atribuciones en perjuicio del Poder Judicial.”

“Si las disposiciones que gobiernan el caso impiden a las partes tener acceso a una instancia judicial propiamente dicha... existe agravio constitucional originado en privación de justicia... a raíz de preceptos legales que lisa y llanamente excluyen la debida intervención judicial.”

“...Ningún objetivo político, económico o social tenido en vista por el Poder legislativo, cualquiera sea su mérito, alcanzaría a justificar la total sustracción al conocimiento de los jueces ordinarios...”

“Admitir la legitimidad de (este tipo de leyes), en cuanto comportan el total desposeimiento de atribuciones del Poder Judicial, importaría tanto como autorizar la supresión o cuando menos la omisión del principio de la división de poderes, sin cuya vigencia la forma republicana de gobierno queda sin base que la sustente y, en consecuencia, las funciones estatales resultan potencialmente desquiciadas con el consiguiente desamparo de las libertades humanas.”

“...Es falsa y debe ser desechada la idea de que la prosperidad general, buscada a través de los medios del art.67, inc.16, de la Constitución Nacional, constituye un fin cuya realización autoriza a afectar los derechos humanos o la integridad del sistema institucional vigente...”

“...El Poder Judicial, cuyo organismo supremo es la Corte, ha de velar por la supremacía de los principios constitucionales... Asimismo, esa función entraña afirmar que el Poder Legislativo, que incluso está impedido de delegar la función típica de sancionar la ley, no puede -a fortiori- disponer de las que pertenecen al Poder Judicial, transfiriéndolas al Poder Ejecutivo en evidente transgresión constitucional...”

“...El art.95 de la Constitución Nacional guarda una relación íntima con el 18, de modo que se tomarían inconstitucionales las normas que no otorgasen al menos una instancia judicial para el debate de los intereses jurídicos en pugna...”

“...Aún cuando el art.95 de la Constitución Nacional fuese interpretado con amplitud admitiendo la intervención de organismos administrativos en funciones propias de los jueces, el art.18 exige que siempre exista una instancia judicial donde, al revisarse lo resuelto por aquellos organismos administrativos, siga rigiendo sustancialmente el cardinal principio de que la decisión final corresponde al Poder Judicial de la Nación o de

las Provincias según el caso...". (Voto de los Señores Ministros Doctores Luis María Boffi Boggero y Pedro Aberastury).

4) Es también de señalar que esta posición es mantenida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en su actual composición,¹³ por lo que puede afirmarse que en la actualidad el control judicial suficiente consiste en el reconocimiento a los litigantes del derecho de interponer recurso ante los jueces ordinarios, lo que se aviene con las normas internacionales citadas al principio, y, además, que la autoridad administrativa no tiene la potestad de dictar resoluciones finales en cuanto a los hechos y al derecho controvertido, con lo que se mantiene la inhibición contenida en el art.109 de la Constitución Nacional (antes art.95) que prohíbe al Ejecutivo ejercer funciones judiciales; por ende las normas que impidan o excluyan el derecho a interponer un recurso idóneo ante la Justicia, privando de todo control judicial al acto administrativo, son inconstitucionales.

Cabe recordar que este control judicial, como se ha dicho, no depende de reglas generales, y que su extensión y profundidad deberá tener en cuenta las modalidades de cada situación jurídica.

"La mera facultad de deducir recurso extraordinario basado en inconstitucionalidad o arbitrariedad no satisface las exigencias que en la especie han de tenerse por imperativas. Si las disposiciones que gobiernan el caso impiden a las partes tener acceso a una instancia judicial propiamente dicha, como lo hace la norma procesal que el recurrente tacha de inválida, existe agravio constitucional originado en privación de justicia."¹⁴

Estos últimos aspectos deben ser resaltados a la hora de analizar la situación concreta acerca de la cual me he de referir a continuación.

Y esto es así, porque se trata de la aplicación de normas a quienes se encuentran en una particular situación de indefensión, por lo que todo análisis que se haga desde el punto de vista del respeto a las garantías debe ser extenso y debe ser profundo; y toda limitación al ejercicio de los derechos debe interpretarse restrictivamente.

5) Con la mira puesta en la Constitución Nacional y los Convenios Internacionales de rango constitucional, con relación a la situación de los extranjeros cuadra señalar un rasgo saliente que, con la claridad conceptual que la caracteriza, ha permitido a la Dra

¹³ Ver causa "Castillo, Antonio M. y otros", del 11-7-1996, en Suplemento de Derecho Constitucional de La Ley del 13-12-1996, p.23.

¹⁴ C.S.J.N., in re "Recurso de Hecho en Madala, Adolfo Daniel s/recurso de queja", Fallos 305-129.

Aída Kemelmajer de Carlucci expresar que: "La Constitución Argentina es una de las más generosas del mundo a la hora de reconocer derechos al no nacional. Esta solución puede gustar o no a los espíritus más o menos nacionalistas, pero la amplitud del art.20 no deja margen de dudas."

"...Si alguna vez, en algún lugar de la tierra se creó una comunidad sobre la base de la igualdad de derechos civiles de la extranjería con los naturales, ese lugar fue la Argentina de 1851 a 1930 ; muy pocos pueblos de la tierra acogen sin reticencia alguna al extranjero, como el argentino de ayer y de hoy..."

"...Señalo que esta igualdad, a diferencia de lo que sucede en otros países, no está sujeta a la reciprocidad diplomática ni legislativa; tampoco cabe distinguir según se trate o no de derechos fundamentales, inherentes o no a la dignidad humana..."¹⁵

6) El ejercicio del Poder de Policía de la Inmigración, en términos generales, es ejercido por la Dirección Nacional de Migraciones. Las normas básicas son: la Ley General de Migraciones y de Fomento de la Inmigración N° 22439 (se trata de un decreto ley del Gobierno de Facto dictado en 1981), y los decretos reglamentarios 1434/87, en gran parte sustituido por el decreto 1023/94, el primero dictado durante el gobierno del Dr. Alfonsín y el segundo por el actual Presidente, esto significa que, al menos desde la óptica del Poder Ejecutivo constitucionalmente elegido, la ley no merece observaciones.

Parece que el mismo enfoque tiene el Poder Legislativo toda vez que ha dictado leyes como la 24393 que modifica a la ley de facto 22439.

Sin agotar las funciones, en lo que aquí interesa, cabe indicar que la Dirección Nacional de Migraciones controla el ingreso y permanencia de los extranjeros en el país y tiene facultades para declarar la ilegalidad del ingreso o permanencia, cancelar la admisión o permanencia, conminar a un extranjero a hacer abandono del país, expulsarlo y ordenar su detención provisoria hasta que se cumpla la expulsión.

Como se ve se trata de medidas severas que, empero, no tienen adecuado contexto en la protección de las garantías de los habitantes. Sobre el concepto de habitante existe una abundante doctrina y jurisprudencia : "No sólo es "habitante" del país quien ha ingresado en él respetando la ley de Inmigración y los decretos reglamentarios, tanto aquellos inspirados en dicha ley 817, como en la ley de residencia núm.4144; también lo es el incorporado a nuestro medio por la "habitación" que ha conseguido establecer en el territorio argentino, después de haber violado la regulación legal sobre ingreso de

¹⁵ S.T.J.Mendoza, "Sanhueza, Fernando F.", 25-3-96, en LL 1996-C-525.

inmigrantes y pasajeros. No podría tal persona ser expulsada si no es recurriendo, llegado el caso, a la aplicación de la referida ley 4144, que tal como ha sido concebida repugna a nuestra ley suprema según lo hemos sostenido en anteriores estudios".¹⁶

7) En la ley de migraciones se establece un régimen de recursos, todos ellos de carácter administrativo, y tal como reza el art.80 "la decisión del Ministerio del Interior causará ejecutoria, no existiendo ulterior recurso".

A poco que se compare esto con lo que más arriba se ha dicho sobre el criterio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en cuanto al control judicial suficiente, se puede concluir sin duda alguna en la inconstitucionalidad de esta norma.

A modo de agregado cabe afirmar que el legislador de facto no es que no previó inadvertidamente un recurso judicial sino que, por el contrario, lo ha hecho con toda intención. Esto que digo aparece confirmado porque la misma ley contempla un recurso judicial ante la Cámara Federal en supuestos de sanciones de multa que afecten a empleadores, dadores de trabajo, alojadores, transportistas, pero nada se dispone con respecto a las personas de los extranjeros, sobre las que puede recaer incluso la expulsión de nuestro país.

No es pues una omisión simple, es una decisión de política legislativa cuyo reproche cabe hacer vigorosamente.

Es de señalar que las anteriores leyes de migraciones tampoco contemplaban recurso judicial.

8) Hay más. El mismo decreto-ley 22439 contiene en el art.95 la facultad para el Ministerio del Interior con apelación ante el Poder Ejecutivo sin ulterior recurso, de disponer la expulsión de la República de todo extranjero, cualquiera sea su situación de residencia, cuando: a) resulte condenado por juez o tribunal argentino, por delito doloso a pena privativa de libertad mayor de cinco (5) años; y b) realizare en el país o en el exterior, actividades que afecten la paz social, la seguridad nacional o el orden público de la República.

Sobre esto quiero mencionar que, con algunos matices el texto del art.95 es similar a lo dispuesto por la ley 4144, denominada Ley de Residencia y el decreto ley del gobierno de facto 18.235/69. En la misma línea se encuentra la ley 7029.

¹⁶ Véase causa "Rodríguez, Eladio", C.S.J.N., y Alberto G. Spota, "La ley de Inmigración y las garantías constitucionales", en JA 1944-I-1970.

La ley 4144 fue denominada "monumento permanente de arbitrariedad inconstitucional" porque "el Poder Ejecutivo lo es todo en esta ley: fiscal que acusa al extranjero; juez que lo juzga; gendarme que lo prende y expulsa; más aún: El Poder Ejecutivo mismo define el delito, forma en cada caso la ley que lo declara a los efectos de la penalidad".¹⁷

También se ha denominado a la Ley de Residencia "instrumento político de carácter represivo."¹⁸

Dijo Alberto M. Justo que esto implica: "la concesión al Poder Ejecutivo de facultades absolutamente discrecionales sobre las personas de los extranjeros residentes en la República."¹⁹

"Atribuir al P.E. facultades de expulsión sin recurso judicial, es también peligroso y fuente de perturbación social... otra interpretación implica erigir al P.E. en árbitro de la libertad y bienes de todos los habitantes, lo que es inadmisibles en un Estado de derecho y en un Estado democrático. Es urgente pues la derogación de la ley y, si se quiere, la sanción de otra que contemple todos los principios constitucionales y no que los viole como ocurre con la ley 4144."²⁰

Esto que se dice sobre la ley de Residencia vale plenamente para el art.95 de la ley 22439, por lo que no sólo tiene actualidad sino que demuestra que el trato a los extranjeros en nuestro país nunca mereció una digna consideración legal a pesar de los constantes reproches doctrinarios y la generosidad de nuestra Constitución.

Son innumerables las críticas que se han hecho a la ley de residencia por los más prestigiosos autores nacionales, así como las decisiones jurisprudenciales que aunque nunca declararon la inconstitucionalidad de la ley 4144 (salvo magníficas disidencias de Jueces de la Corte Suprema de Justicia de la Nación como el Dr.Sagarna), siempre analizaron de modo muy estricto las posibilidades de aplicación de esta ley, admitiendo constantemente como medios idóneos la interposición de habeas corpus o amparos, en realidad, no porque lo fueran, sino porque la ley no contempla recurso alguno.

La historia recoge sin embargo la expulsión de numerosos extranjeros invocando la ley de residencia, la discrecionalidad sin control con que se aplicó, las graves

¹⁷ Francisco Durá, "Naturalización y expulsión de extranjeros", Imp.Coni, Buenos Aires, 1911, pp. 206 y 185.

¹⁸ José Canasi, Derecho Administrativo, Tomo III, Ed.Depalma, 1976, p.105.

¹⁹ "Ley de Residencia núm. 4144, en ADLA 1889-1919, p.561.

²⁰ Alberto G. Spota, "Régimen jurídico de la Inmigración", LL 24-147, Sección Doctrina.

consecuencias personales que ello causó y la afectación al prestigio nacional que fue su consecuencia.

“Afortunadamente, la Constitución argentina permite sostener que cualquier ley que permita la deportación de extranjeros como simple medida policial, sin intervención de los jueces, es nula e ilegal por violar nuestra organización constitucional misma.”²¹

Todo lo que se ha dicho, que debiera ser historia, es lamentablemente una realidad. La misma norma, escondida dentro de la ley de migraciones sigue viva y todos los extranjeros “cualquiera sea su situación de residencia” en abierta violación a lo dispuesto en el art.20 de la Constitución Nacional, por virtud de un acto del Poder Ejecutivo, sin control judicial suficiente, es decir sujeto a la mera arbitrariedad de lo que el gobierno de turno considere que afecta la paz social, la seguridad nacional o el orden público, se encuentran en riesgo de ser expulsados.

Pervive, pues, una norma que permite la persecución ideológica, de triste historia en nuestro país, que repugna los sentimientos democráticos, constituye una forma de discriminación que la Constitución Nacional no tolera y afecta la seguridad jurídica.

9) Por cierto que la historia jurisprudencial recoge también numerosos casos en los que, como se dijo, ante situaciones de esta naturaleza, por medio de habeas corpus o amparos se llevó al conocimiento del Poder Judicial la situación.

Pero debe concederse que ni el amparo ni el habeas corpus son recursos propios de la ley de migraciones, más allá de su eficacia en casos puntuales, ni constituyen el recurso que requieren los tratados internacionales y, por lo tanto, no puede interpretarse que, a través de ellos, se satisface el derecho a la jurisdicción.

Además no son los extranjeros quienes están en las mejores condiciones para hacer valer sus derechos, tanto sea por su situación socioeconómica, por el temor ante la autoridad o por el desconocimiento de las normas que los amparan.

Por otra parte, sólo sería eficaz la existencia de un recurso ante la justicia contemplado en la propia ley y con estricta obligación impuesta al administrador de hacer saber fehacientemente al extranjero requirente la existencia del mismo y el modo de hacerlo valer.

Es significativo que mientras que de una parte se afianza la concepción de que

²¹ Horacio N. Castro Dassen, “Expulsión de extranjeros”, LL 80-837.

debe rodearse de las máximas garantías la actuación que conduzca a la detención de una persona, de otra subsistan normas como las contenidas en la ley de migraciones que permiten la detención administrativa sin orden judicial de autoridad competente.

Esta facultad de disponer la detención, sin control judicial, se opone a lo establecido en el Pacto de Costa Rica (arts.7.5 y 7.6). ley 23054; y el Pacto Internacional Ley 23313 (arts. 9.3. y 9.4.).

Aún colocándonos en la teoría de la subsanación, que sinceramente no nos satisface, resulta claro que al no contemplarse recurso judicial alguno contra las decisiones de la autoridad de aplicación la inconstitucionalidad de tales normas es evidente.

Ni siquiera podrá decirse que por analogía corresponde aplicar lo establecido en la ley de procedimientos administrativos N° 19549. Y esto es así porque en la exposición de motivos que acompaña a la ley en cuestión en el punto 11 en referencia al Título VIII se expresa: "recogiendo la experiencia actualmente vigente, las normas migratorias establecen recursos propios, distintos y separados del sistema general de los procedimientos administrativos."

"En el estado actual de la legislación, los recursos en materia migratoria también se rigen en forma autónoma de la ley general de procedimientos administrativos. Se recepta este principio pues, por la especificidad de su tema, es necesario reglar sobre un régimen de recursos autónomos".

Es clara la voluntad del legislador. Reprochable, pero clara.

10) No es este el lugar para extenderme sobre otros aspectos de la ley de migraciones que considero vejatorios para la condición humana, pero la experiencia nos indica que el procedimiento administrativo, aún cuando el trámite sea normal, está plagado de irregularidades y en lo único que se pone especial cuidado es en el incumplimiento de las garantías del debido proceso y del derecho de defensa. No se respetan los términos y hay casos en que migraciones demoró 12 años en resolver un pedido de residencia.²²

En otros casos se resuelve la situación de un día para otro. Esto provoca una inseguridad intolerable. Toda persona tiene derecho, ante un trámite administrativo, a que se le reconozcan un mínimo de garantías, entre las que, conocer los términos en que las

²² Cam.Fed. Bahía Blanca, 25-4-1989, en LL 1991-B-455.

cuestiones se van a resolver es una de ellas; ser debidamente notificado es otra.

Hay resoluciones donde se cambian constantemente las reglas y los requisitos, inclusive hay ordenes verbales que nadie conoce pero que se usan.

De pronto aparecen resoluciones haciendo excepciones para cierto tipo de aspirantes; y en otros casos se hacen excepciones sin normas; también excepciones de las excepciones.

Desde hace años se está estudiando la informatización del sistema migratorio con el objeto de mejorar, pero ahora está incluido en un paquete licitatorio que comprende a los documentos de identidad y al sistema electoral, cuya tramitación ya ha dado lugar a numerosas suspicacias.

11) En definitiva, el procedimiento administrativo establecido para determinar las condiciones de residencia de un extranjero no respeta el debido proceso ni el derecho de defensa.

No existe recurso judicial que permita el control judicial suficiente. Se encuentra afectado el derecho a la jurisdicción. Ni un proceso ordinario posterior, ni el recurso extraordinario, ni el amparo o habeas corpus son recursos propios contemplados en la ley. Debe como mínimo incorporarse una instancia revisora de apelación ante la Justicia Federal (la materia lo impone) que permita la consideración de todas las cuestiones involucradas, sean de hecho, prueba o derecho y mientras esto falte la Ley de Migraciones es inconstitucional.

Debe derogarse la facultad otorgada al Poder Ejecutivo de expulsar a un extranjero cualquiera sea su situación de residencia por ser violatoria del art.20 de la Constitución Nacional que equipara a los extranjeros en tanto habitantes con los nacionales, y por lo tanto les permite reclamar para sí los derechos y garantías contenidos en la primera parte de la Constitución Nacional.

Es inconstitucional la facultad otorgada para detener a un extranjero sin control judicial alguno.

12) Nuestro país se ha nutrido, desde sus orígenes, con el aporte de la inmigración. Todos somos extranjeros, salvo en nuestra propia tierra, y nuestra Constitución, amplia y generosa, impone la realización de esfuerzos para que la igualdad de trato, oportunidades y acceso, sea efectiva.

Las actuales corrientes inmigratorias no son aquellas que fueron llegando hasta el tercer decenio de este siglo, pero deben recibir el trato, consideración y respeto que nuestros constituyentes expresaron y que aparece ratificado en sus intenciones con la reforma de 1994 al incorporar los tratados internacionales en su propio cuerpo normativo.

“ Aunque es indispensable la captación gnoseológica de las discriminaciones injustas, el derecho se debe interesar, en especial, por la proyección operativa y pragmática”.²³

Y esto es así, en efecto, la proyección práctica de los principios debe proveer necesariamente la real, eficaz y expedita protección de la garantía de acceso a la justicia, derecho a ser juzgado por los jueces naturales; y para que ello sea posible ni siquiera es suficiente la incorporación a la ley de los recursos correspondientes (aunque esto sería desde ya un avance considerable atento al lamentable cuadro normativo existente), sino que también es menester proporcionar la debida y correcta información atendiendo a las particularidades de los sujetos a quienes va dirigida, que padecen de carencias evidentes, desconocimiento del derecho local, temores a la autoridad y riesgos constantes de ser utilizados como chivos expiatorios de males que nos aquejan aún cuando ellos no se deriven de las propias actitudes de los extranjeros.

PONENCIA

- 1.- Las actuaciones administrativas deben contar, al menos, con la posibilidad de control judicial suficiente.
- 2.- Debe exigirse, no obstante, que se respeten las garantías dentro del proceso administrativo.
- 3.- La Ley de Migraciones, en tanto no contempla la posibilidad de interponer recurso alguno ante la Justicia Federal, contra las decisiones de la autoridad de aplicación, que pueden disponer aún la expulsión de un extranjero y su detención, no satisface la exigencia de control judicial suficiente y, por ende, resulta inconstitucional.
- 4.- El art. 95 de la Ley de Migraciones en tanto autoriza al Poder Ejecutivo a expulsar a un extranjero, cualquiera sea su situación de residencia, sin recurso judicial alguno, resulta inconstitucional por violación directa del art. 20 de la Constitución Nacional y sus consecuentes.
- 5.- Debe derogarse la posibilidad de disponer la detención de un extranjero directamente por la

²³ Matilde Zavala de Gonzalez, “Daños derivados de discriminaciones injustas”, en Derecho de Daños en homenaje al Prof. Felix Trigo Represas, Bs.As., 1993, p.147).

autoridad administrativa y sin que la ley contemple el control judicial.

6.- La igualdad de trato no puede ser solamente una declaración formal, sino que deben arbitrarse los medios legales que la hagan efectiva, para ello se impone instrumentar un régimen de control migratorio garantista y con control judicial amplio y eficaz.