

**Voces:** ACCION DE AMPARO ~ CUESTION FEDERAL ~ DEBIDO PROCESO ~ EXTRANJERO ~ MIGRACION ~ PRESUNCION DE INOCENCIA ~ RECURSO EXTRAORDINARIO ~ REGLAMENTO DE MIGRACION ~ SENTENCIA CONDENATORIA

**Tribunal:** Corte Suprema de Justicia de la Nación(CS)

**Fecha:** 23/10/2007

**Partes:** Zhang, Hang c. Estado Nacional - Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto

**Publicado en:** LA LEY 15/11/2007, 15/11/2007, 7 - DJ2007-III, 1116

**Cita Online:** AR/JUR/6753/2007

#### **Hechos:**

La Cámara declaró la improcedencia de la acción de amparo —admitida en la anterior instancia— tendiente a que el Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto autorizara el ingreso al país de la esposa del actor, ambos de nacionalidad china. No obstante, admitió la pretensión en los términos del artículo 28 de la ley 19.549, ordenando el pronto despacho de las actuaciones administrativas tramitadas. Contra ese pronunciamiento, se interpuso recurso extraordinario federal, cuya denegatoria motivó la queja. Con posterioridad, el citado Ministerio denegó la visa, con fundamento en una disposición del Reglamento de Migraciones, aprobado por el decreto 1023/94, el cual fue derogado días después por la ley 25.871 de Política Migratoria Argentina. La Corte Suprema de Justicia de la Nación declaró procedente la queja y dejó sin efecto la decisión anterior.

#### **Sumarios:**

- 1 . La nueva ley de política migratoria argentina, 25.871 (Adla, LXIV-A, 134) no sólo derogó el artículo 21, inciso g, del Reglamento de Migración —norma bajo la cual se denegó la solicitud de ingreso al país de la esposa del actor— sino que estableció, con relación al derecho a la reunificación familiar, una variación sustancial de los objetivos a tener en cuenta para la admisión de extranjeros.
- 2 . El artículo 29 de la ley 25.871 de política migratoria argentina (Adla, LXIV-A, 134), al determinar una serie de impedimentos para el ingreso y permanencia de extranjeros, no estableció la causal de proclividad al delito —prevista en el artículo 21, inciso g, Reglamento de Migración—, abandonando dicha categoría sustancialmente subjetiva para establecer la necesidad, en todos los casos, de la existencia de una condena penal —conforme incisos c, f, g y h, del citado artículo 29—, requisito esencial a la luz del principio de presunción de inocencia y del resguardo del debido proceso.
- 3 . La importancia que reviste en la nueva ley 25.871 de política migratoria argentina (Adla, LXIV-A, 134) el principio de unidad familiar en materia de inmigración, se pone de manifiesto por la competencia que se le otorga a la autoridad de aplicación para admitir, excepcionalmente, por razones humanitarias o de reunificación familiar, a extranjeros que se encuentren comprendidos en algunas de las causales que obstan a su ingreso —artículo 29, último párrafo—.
- 4 . Procede el recurso extraordinario federal y corresponde dejar sin efecto la decisión que declaró la improcedencia del amparo interpuesto, pues, atento las profundas transformaciones provocadas por la nueva política nacional de migraciones —ley 25.871 (Adla, LXIV-A, 134)— con relación a la norma anterior, y dado el reconocimiento de la demandada de la incompatibilidad entre dicha normativa y la causal invocada para negar el ingreso al país de la esposa del actor, la acción de amparo interpuesta debe ser fallada nuevamente por los jueces de la causa sobre la base del derecho federal vigente.
- 5 . Existe cuestión federal suficiente, a los fines del recurso extraordinario, si se halla en tela de juicio la interpretación y aplicación de normas federales —Reglamento de Migraciones, aprobado por decreto 1023/94, modificado por decreto 1117/98 y la nueva ley de política migratoria argentina 25.871 (Adla, LIV-C, 3206; LVIII-D, 3988; LXIV-A, 134)— ,y la decisión de la Alzada ha sido contraria al derecho que en ellas fundó el apelante —artículo 14, inciso 3, ley 48 (Adla, 1852-1880, 364)—.

#### **Texto Completo:**

Dictamen del Procurador Fiscal Subrogante de la Nación:

Suprema Corte:

I. A fs. 110/112 de los autos principales (a los que corresponderán las siguientes citas), la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, al revocar el fallo de la instancia anterior -que había admitido la acción de amparo iniciada por Zhang Hang tendiente a que el Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de la Nación adopte las medidas necesarias para autorizar el ingreso al país de su esposa, Lin Xiopin-, declaró la improcedencia del amparo pero admitió la pretensión en los términos del art. 28 de la ley 19.549. En virtud de ello, libró orden de pronto despacho de las actuaciones administrativas por el citado Ministerio, al que conminó a dictar un acto administrativo relativo a la solicitud de ingreso al país de la señora Xiaopin.

Para así decidir, sus integrantes sostuvieron que en tanto la ley 16.986 no ha sido expresamente derogada por la reforma constitucional de 1994, que introdujo la acción de amparo al texto de la Ley Fundamental, subsiste la vigencia de los recaudos de admisibilidad establecidos por aquélla.

Sobre tal base, entendieron que no se advertía en el sub lite la existencia de ilegitimidad o arbitrariedad manifiesta en los términos de los arts. 11 de la ley de amparo y 43 de la Constitución Nacional, puesto que se trata de una cuestión opinable, máxime teniendo en cuenta las circunstancias que rodearon la presencia de la Sra. Xiaopin en el Consulado Argentino en Pekín, con posterioridad a las cuales no se ha verificado el dictado de acto administrativo alguno que le deniegue la visa.

Por otra parte, señalaron que el actor no acreditó la inoperancia de las vías ordinarias existentes a fin de reparar el perjuicio invocado ni que la remisión a ellas produzca un agravio de insusceptible reparación ulterior.

II. Disconforme, el actor interpuso el recurso extraordinario de fs. 113/121 que, denegado por el a quo a fs. 139, motiva esta presentación directa.

Sus agravios, en lo sustancial, pueden resumirse del siguiente modo: (i) la Cámara, al admitir la demanda en los términos del art. 28 de la ley 19.549, se excedió en su jurisdicción apelada, ocasionándole un gravamen irreparable; (ii) la sentencia es arbitraria; (iii) vulnera las garantías constitucionales del debido proceso, de amparo, la supremacía constitucional y el orden público internacional, en tanto olvida que la protección de la familia es un derecho amparado por la Constitución Nacional; (iv) el agotamiento de la vía administrativa y de las instancias ordinarias posteriores resultan inoperantes, puesto que el Poder Ejecutivo Nacional no evidencia la posibilidad de un cambio en su opinión; (v) la acción intentada no tiene por objeto atacar el fondo del asunto, sino que se permita el ingreso de la Sra. Xiaojin a la Argentina.

III. Ante todo, es preciso recordar que, a efectos de habilitar la instancia del art. 14 de la ley 48, el recurso debe dirigirse contra una sentencia definitiva o asimilable, calidad de la que carecen las que rechazan la acción de amparo pero dejan subsistente el acceso a la revisión judicial a través de la instancia ordinaria (doctrina de Fallos: 311:1357 y 2319, entre otros), aunque dicho principio no es absoluto, ya que cede cuando lo decidido cause un agravio que, por su magnitud y circunstancias de hecho, pueda ser de tardía, insuficiente o imposible reparación ulterior (v. doctrina de Fallos: 321:3147; 326:3180, entre muchos otros).

Sobre la base de tales premisas, estimo que el recurso intentado en el sub lite no se dirige contra una sentencia definitiva, pues la recurrida no ha importado un pronunciamiento contrario a los derechos del amparista en forma tal que impida su replanteo jurídico posterior (Fallos: 271:158; 294:363; 315:2954; 321:706, entre otros), sino que se limitó a declarar inadmisibile el amparo y a reconvertir la pretensión en los términos del art. 28 de la ley 19.549 por considerar que la primera de aquellas vías sólo procede cuando la ilegalidad o arbitrariedad aducida surge en forma clara e inequívoca, sin necesidad de debate o prueba, extremo que, a su juicio, no se verifica en el sub examine.

Tampoco advierto que existan razones que autoricen a admitir la procedencia de la apelación, pues aun cuando en cumplimiento de la sentencia impugnada por su intermedio, la Dirección General de Asuntos Consulares del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto denegó el visado permanente solicitado por

la Sra. Xiaopin, al entender que su accionar se encontraba comprendido en la inhabilidad absoluta para obtener una residencia permanente en el territorio nacional previsto en el art. 21, inc. g) del Reglamento de Migración (aprobado por el decreto 1023/94), ello no impide al actor impugnar esa decisión por las vías que correspondan, máxime cuando no ha acreditado -como hubiera sido menester- que ese planteo ulterior resulte inoportuno o ineficaz para la tutela que procura.

Por lo demás, es necesario poner de resalto que la ausencia de definitividad del pronunciamiento recurrido no puede suplirse aunque se invoque la existencia de arbitrariedad o el desconocimiento de garantías constitucionales (Fallos: 311:928 y sus citas; 313:511; 320:2999, entre otros).

IV. Opino, por tanto, que el recurso extraordinario que motiva la presente queja es formalmente inadmisibile y que fue correctamente denegado. — Buenos Aires, noviembre 9 de 2005. —*Ricardo O. Bausset*.

#### **Dictamen del Procurador Fiscal Subrogante de la Nación:**

Suprema Corte:

En el dictamen del 9 de noviembre de 2005, emitido en esta causa Z.138.XL "Zhang, Hang c/ E.N. -M° de Relaciones Exteriores y Culto" (recurso de hecho), por un error involuntario al editar el documento no se imprimieron algunos renglones del segundo párrafo del acápite III (al final de la segunda carilla e inicio de la siguiente), por lo que corresponde aclarar que debe leerse en la forma que sigue:

"Sobre la base de tales premisas, estimo que el recurso intentado en el sub lite no se dirige contra una sentencia definitiva, pues la recurrida no ha importado un pronunciamiento contrario a los derechos del amparista en forma tal que impida su replanteo jurídico posterior (Fallos: 271:158; 294:363; 315:2954; 321:706, entre otros), sino que se limitó a declarar inadmisibile el amparo y a reconvertir la pretensión en los términos del art. 28 de la ley 19.549 por considerar que la primera de aquellas vías sólo procede cuando la ilegalidad o arbitrariedad aducida surge en forma clara e inequívoca, sin necesidad de debate o prueba, extremo que, a su juicio, no se verifica en el sub examine".

Atento a lo expuesto, en orden a subsanar la omisión, solicito al Tribunal que tenga por incorporado al dictamen el párrafo antes transcrito. — Buenos Aires, mayo 9 de 2006. —*Ricardo O. Bausset*.

Buenos Aires, octubre 23 de 2007.

#### **CONSIDERANDO:**

1°) De las actuaciones de la causa se desprende que el actor, señor Hang Zhang, de nacionalidad china, reside en forma permanente y regular en nuestro país según un permiso otorgado hace once años, habiendo contraído matrimonio con Lin Xiaojin en mayo de 1995, con la que tuvo un hijo en 1996. Dado que la esposa vive actualmente en China, Zhang inició los trámites tendientes a que aquélla y el hijo de ambos pudieran radicarse legalmente en la República Argentina. Desde abril de 2000, la esposa del actor contaba con un permiso de ingreso otorgado por disposición 3289/2000, expedido en Buenos Aires por la Dirección Nacional de Migraciones (fs. 7 refoliadas, expte. administrativo 46.451/02 y fs. 20 de autos principales); decisión que había sido puesta en conocimiento del Cónsul Argentino en Pekín, por medio del Ministerio de Relaciones Exteriores. Unos meses después, el 14 de agosto de 2000, la señora Xiaojin fue citada a concurrir a la Sección Consular de la Embajada Argentina en Pekín, y entre la documentación relativa a obtener la residencia, se habría encontrado la suma de dos mil dólares. Inmediatamente se labró un acta en donde se hizo constar esa circunstancia como así también una comunicación de la Embajada de Pekín a la Cancillería, de la que surgiría que hubo un llamado a la esposa del actor por parte de un empleado que luego fue exonerado, quien tenía en su escritorio el expediente de residencia (confr. fs. 70/74 del expte. adm. citado).

En virtud de este episodio, se consideró que la esposa del actor había incurrido en un intento de soborno y, en consecuencia, se hallaba comprendida en una de las causales de inhabilidad absoluta para obtener la residencia permanente, invocándose al efecto el art. 21, inc. g del Reglamento de Migraciones, aprobado por decreto 1023/94 -modificado por decreto 1117/98 por entonces vigente y actualmente derogado-, en cuanto hacía referencia a las

personas que pudieren observar "...una conducta proclive al delito...".

A partir de este suceso, se negó el permiso migratorio sin que se hubiera dictado un acto administrativo expreso en tal sentido.

2º) En tales circunstancias, el actor promovió una acción de amparo por la manifiesta arbitrariedad con que habrían actuado las autoridades consulares al negarse a conceder a su esposa, en las condiciones reseñadas, el permiso de residencia con sustento en el régimen de "Reagrupación Familiar".

El juez de primera instancia, no obstante señalar que de la documental acompañada no surgía el dictado de resolución alguna posterior a todo lo acontecido al 14 de agosto de 2000 que denegase expresamente el visado pretendido, hizo lugar a la acción de amparo y ordenó la adopción de las medidas necesarias para el ingreso de la esposa del actor a nuestro país (confr. fs. 87/91).

3º) La Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, al revocar la decisión anterior, declaró la improcedencia del amparo. Sostuvo que el obrar administrativo no revelaba la existencia de ilegitimidad o arbitrariedad manifiestas que tornaran procedente la acción, en tanto estaba en tela de juicio una cuestión que calificó de "opinable", en virtud de las circunstancias que habían rodeado a la negativa a permitir el ingreso de la esposa del actor al país. Sobre dicha base y dado que no surgía de la causa el dictado del acto administrativo admitiendo o rechazando formalmente la solicitud migratoria y, acudiendo al principio *iura novit curia*, en una suerte de reconducción de la demanda en los términos del art. 28 de la ley 19.549, ordenó el pronto despacho de las actuaciones administrativas tramitadas. Bajo esta comprensión dispuso que el Ministerio de Relaciones Exteriores dictase finalmente el acto de trámite o de fondo, relativo a la solicitud de ingreso al país de la señora del actor.

4º) Contra este pronunciamiento, el actor interpuso el recurso extraordinario que, denegado, dio lugar a la queja en examen. Fundamentalmente el recurrente se agravió por entender que con argumentos excesivamente formales, el tribunal de alzada había violado el derecho a vivir junto a su familia, protegido por instrumentos internacionales bajo el régimen de reunificación familiar. Señaló que el pronto despacho o la modificación de la acción pretendida en un amparo por mora resultaba absolutamente inconducente, en tanto no se vislumbraba un cambio en la decisión asumida por las autoridades administrativas de negar la solicitud de su esposa, por considerarla una persona "proclive al delito". Tal imputación, en el marco de los hechos relatados, había violado su derecho de defensa en juicio y la presunción de inocencia. En definitiva, tachó de arbitraria la sentencia por vulnerar las garantías del debido proceso y las que atañen a la protección de la familia.

5º) Con posterioridad a que el actor interpusiera el remedio antes reseñado, el Ministro de Asuntos Consulares de la Cancillería, en cumplimiento del mandato judicial ordenado por el tribunal de alzada, hizo saber por carta documento al abogado del actor que se había decidido denegar el visado permanente solicitado por haber cometido la esposa del actor un intento de soborno en la Oficina Consular de Pekín, motivo por el cual hacía aplicable el art. 21, inc. g del Reglamento de Migración (confr. fs. 126/128).

6º) Una vez radicada la causa en este Tribunal, y en cumplimiento de la doctrina según la cual sus fallos deben atender a las circunstancias existentes al momento en que se los dicta, aunque sean sobrevinientes a la interposición del remedio federal (Fallos: 285:353; 310:819; 313:584; 325: 2177, entre muchos otros) se ordenó dar traslado a las partes del acto administrativo finalmente dictado y de la nueva ley migratoria 25.871, sancionada días después de la negativa expresa a permitir el ingreso de la esposa del actor, y que derogó la norma fundante de esa decisión; cuyas contestaciones obran a fs. 77, 78, 81/83.

7º) Llegados a este punto, los agravios planteados por el recurrente y mantenidos en la respuesta de fs. 78, suscitan cuestión federal suficiente, pues se halla en tela de juicio la interpretación y aplicación de normas federales -Reglamento de Migraciones, aprobado por decreto 1023/94, mod. por decreto 1117/98 y nueva Ley de Política Migratoria Argentina 25.871- y la decisión de la alzada ha sido contraria al derecho que en ellas fundó el apelante (art. 14, inc. 3, de la ley 48).

8º) Con tal comprensión cabe señalar que la nueva ley de Política Migratoria Argentina, 25.871, no sólo

derogó la norma bajo la cual se denegó la solicitud de ingreso al país sino que estableció, en lo que al caso interesa, una variación sustancial de los objetivos a tener en cuenta para la admisión de extranjeros.

Es particularmente relevante para decidir esta cuestión, el art. 10 que establece: "El Estado garantizará el derecho a la reunificación familiar de los inmigrantes con sus padres, cónyuges, hijos solteros menores o hijos mayores con capacidades diferentes". En el mismo sentido, el art. 3, inc. d, prescribe como una de las finalidades de la norma "garantizar el ejercicio del derecho a la reunificación familiar" y el inc. f, del artículo citado asegura "a toda persona que solicite ser admitida en la República Argentina de manera permanente o temporaria, el goce de criterios y procedimientos de admisión no discriminatorios en términos de los derechos y garantías establecidos por la Constitución Nacional, los tratados internacionales, los convenios bilaterales y las leyes".

Por su parte, el art. 29 determina una serie de impedimentos al ingreso y permanencia de extranjeros, entre los que no se encuentra la "proclividad al delito", causal bajo la cual se negó el pedido oportunamente. Por el contrario, se abandonó esa categoría sustancialmente subjetiva para establecer la necesidad en todos los casos, de la existencia de una condena penal (confr. incs. c, f, g y h, del artículo citado), requisito esencial a la luz del principio de presunción de inocencia y del resguardo del debido proceso.

Finalmente la importancia que en la nueva ley reviste el principio de unidad familiar en materia de inmigración, queda evidenciada por la competencia que se le otorga a la autoridad de aplicación para admitir, excepcionalmente, por razones humanitarias o de reunificación familiar, a extranjeros que se encuentren comprendidos en algunas de las causales que obstan a su ingreso (art. 29, último párrafo).

9º) En consonancia con lo expresado en el párrafo anterior se puede observar la propia contestación de la parte demandada, el Ministerio de Relaciones Exteriores, quien al contestar el traslado ordenado por este Tribunal a fs. 81/83 manifiesta que la calificación como "proclive al delito" de las personas no es compatible con el diseño de la nueva Ley de Migraciones que prevé inhabilidades distintas a las regladas por la norma anterior, y que, por el contrario, al regular los impedimentos, inhabilita sólo en los casos de condena por delitos.

A su vez destaca que una revisión del caso a la luz de las nuevas normas no debería prescindir del concepto de reunificación familiar tenido en cuenta en el art. 3, incs. d y j, de la ley. "...No hacerlo representa frustrar la reunificación familiar, con sus secuelas de daño irreparable para todos sus integrantes por la eventual responsabilidad de uno de sus miembros. A quien por otra parte la concesión de la visa de ingreso al país, lejos de permitirle eludir la justicia, asegurará su sometimiento a la jurisdicción nacional..." "...esta Dirección General advierte como necesaria la intervención judicial por cuanto sostener el diferimiento en el otorgamiento de la presente visación, amenaza en constituirse en una sanción..." (confr. párrafos 5, 6, 10 y 11 de fs. 81/82).

10) Finalmente, y en otro orden de ideas, aun en el marco de la anterior normativa carecía de sustento la reconducción de la causa bajo la forma de un amparo por mora y la afirmación de que el demandado no había dictado el acto administrativo denegatorio de la visa solicitada. Ello atento a que desde la contestación del informe de fs. 70, la autoridad de aplicación había manifestado la decisión adversa al ingreso al país de la esposa del actor, actitud que mereció el calificativo de "opinable" por el a quo.

11) De todo lo hasta aquí expuesto, y habida cuenta de las profundas transformaciones que ha provocado la nueva Política Nacional de Migraciones en relación con la norma anterior, y dado el reconocimiento de la demandada de la incompatibilidad entre dicha normativa y la causal invocada para negar el ingreso al país de la esposa del actor, resulta procedente que la acción de amparo interpuesta sea nuevamente fallada por los jueces de la causa sobre la base del derecho federal ahora vigente.

Por ello, oído el señor Procurador Fiscal subrogante, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario federal y se deja sin efecto la decisión anterior. Vuelvan los autos al tribunal de origen para que, por intermedio de quien corresponda, dicte un nuevo pronunciamiento con el alcance indicado en los considerandos que anteceden. Exímese al recurrente de efectuar el depósito previsto en el art. 286 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Notifíquese, agréguese la queja al principal y remítase. —Ricardo Luis Lorenzetti. —Carlos S. Fayt. —Enrique Santiago Petracchi. —Juan Carlos Maqueda. —E. Raul Zaffaroni. —Carmen M. Argibay.

