



**SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL DEL INTERÉS SUPERIOR
DEL NIÑO EN UN CONTEXTO MIGRATORIO.**

NOTA A FALLO

Alumna: Zavala Dolores

Legajo: VABG 146063

DNI: 42382834

Carrera: Abogacía

Materia: Seminario Final de Abogacía

Profesora: Giselle González Goncalves Piazza

Tema:

Grupos en Situación de Vulnerabilidad.

Fallo Seleccionado:

Tribunal: Corte Suprema de Justicia de la Nación

Autos caratulados: “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa C. G., A. c/ EN – DNM s/ recurso directo DNM”. Corte Suprema de Justicia de la Nación. Buenos Aires, 6 de septiembre de 2022. CAF 59609/2017/2/RH1.

Fecha de sentencia: 6 de septiembre de 2022.

Sumario: I. Introducción. – II. Reconstrucción de la premisa fáctica, historia procesal y descripción de la decisión del tribunal. – III. Identificación y reconstrucción de la *ratio decidendi* de la sentencia. – IV. Descripción del análisis conceptual, antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales. Precisiones conceptuales sobre el interés superior del niño su jerarquía constitucional. Antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales. – V. Postura de la autora. – VI. Conclusión. – VII. Referencias.

I. Introducción

Dentro de los grupos en situación de vulnerabilidad, se encuentran a los niños como sujetos plenos de derecho. Así lo han afirmado Papillú y Tanzi (2021): los menores de edad pasaron de ser considerados objetos de protección a ser reconocidos como sujetos plenos de derecho, transformación impulsada por la Convención sobre los Derechos del Niño y la reforma constitucional argentina de 1994. Esta perspectiva destaca su inherente situación de vulnerabilidad, derivada de su proceso de desarrollo físico y psíquico, lo cual exige un sistema jurídico que armonice su autonomía progresiva con garantías efectivas. Al respecto, Fernández (2021) reflexiona sobre el concepto y menciona que la vulnerabilidad constituye un principio bioético-jurídico de atención imprescindible en la era actual al operar como herramienta jurídica de fortalecimiento de los derechos de ciertas personas —sea individualmente consideradas o en cuanto miembros de grupos determinados—, cuya posibilidad de acción, expresión y decisión se aprecia debilitada, ética y jurídicamente, colocándolos en situación de hiposuficiencia o marginación. En materia de infancia, el principio de vulnerabilidad permite determinar criterios valorativos o pautas generales que orientan las acciones de los agentes u operadores;

garantiza y refuerza el respeto de los restantes principios centrales establecidos en favor del niño y con ello, de sus derechos fundamentales. Según la autora, su aplicación brinda dos aportes centrales: define de forma amplia los derechos del colectivo "niños" y opera como corrector individual, adaptando esa protección a la situación concreta de cada niño y sus diversas vulnerabilidades.

En esta oportunidad, en el marco de la de vulnerabilidad de las infancias en un contexto migratorio, se analizará el fallo de autos “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa C. G., A. c/ EN – DNM s/ recurso directo DNM”, en el cual, la Dirección Nacional de Migraciones (DNM) de Argentina ordenó la expulsión de una migrante boliviana condenada por tráfico de estupefacientes. La mujer, C. G., A, interpuso un recurso administrativo solicitando la dispensa prevista en la Ley 25.871, con fundamento en la violación del derecho a la reunificación familiar y al interés superior de sus cuatro hijos menores, todos nacionales argentinos. Esa decisión fue confirmada por la Cámara, contra la cual la recurrente planteó un recurso extraordinario federal que, al ser denegado, dio lugar a la correspondiente queja. Con posterioridad a ello, la actora hizo una presentación acreditando que la DNM le había concedido la residencia permanente en el país por haber acreditado razones humanitarias o de reunificación familiar. La Corte, por mayoría, hizo lugar a la queja, declaró procedente el recurso extraordinario y revocó la sentencia apelada.

El fallo aborda un caso jurisprudencial que evidencia la problemática de grupos en situación de vulnerabilidad, como son los migrantes y los niños, y pone de manifiesto la necesidad de una tutela preferente de sus derechos, que han sido históricamente postergados. En el mismo, se refleja la idea de que los derechos de los niños no son meros intereses individuales, sino que exigen una protección estatal reforzada, fundamentada en normas constitucionales e internacionales las cuales obligan a garantizar la integridad y unidad familiar.

Asimismo, esta sentencia emblemática constituye un verdadero precedente, pues su resolución está dictada en miras de priorizar el interés superior del niño y la preservación de su entorno familiar por sobre normas migratorias, incluso ante la comisión de delitos graves, criticando el uso arbitrario de facultades discrecionales administrativas. Así, se impone un límite a la facultad del Estado para emitir decisiones sobre la expulsión de migrantes, exigiéndole evaluar caso por caso el impacto que las

mismas tendrán en la vida familiar (especialmente cuando hay niños involucrados), buscando de esa manera evitar la desintegración de esta, debiendo para ello, considerar informes socioambientales y psicológicos, que sustenten dichas decisiones.

Aquí, el objeto del fallo no es ponderar una situación temporaria y circunstancial, sino dejar sentado un criterio rector de relevancia institucional en casos en los que estuviese en juego la protección integral de la familia y el interés superior del niño en materia migratoria. Tal fue su importancia, que la Corte consideró necesario resolver el fondo para sentar un precedente en materia de derechos de niños y reunificación familiar, dado el interés público en la correcta interpretación de normas migratorias bajo estándares constitucionales. Subrayó que la mera posibilidad de repetición futura de actos similares justifica su pronunciamiento, en cumplimiento del rol institucional de garantizar derechos preferentes.

Su relevancia es tal, que la sentencia reinterpreta el artículo 29 de la Ley 25.871 desde un enfoque de derechos humanos, sentando bases que impulsen potenciales reformas legales en las que se incluyan criterios explícitos rectores de protección familiar, asegurando su alineación con principios constitucionales e internacionales que protegen a los grupos vulnerables.

La sentencia arribada es producto del análisis elaborado por el Máximo Tribunal de Justicia. Para resolver fundadamente en el caso jurídico concreto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación llevó a cabo la tarea de “aplicar el derecho”; la cual, siguiendo a Atienza (2003), constituye un ámbito de la argumentación jurídica en donde se intentan justificar válidamente las decisiones. Aquí, el modelo de análisis del silogismo jurídico representa una excelente herramienta para poder comprender, descomponer y evaluar problemas y soluciones jurídicas, y tiene como estructura principal el esquema de razonamiento jurídico por el cual los juristas justifican sus afirmaciones teóricas y decisiones prácticas, el cual se configura de la siguiente manera:

Premisa normativa: norma general y abstracta.

Premisa fáctica: plataforma fáctica sobre el hecho concreto.

Conclusión: consecuencia jurídica.

Ergo, la reconstrucción racional de la aplicación del derecho al caso concreto realizada por los tribunales tiene la forma de un silogismo jurídico. El fundamento de dicha estructura, siguiendo a Alchourrón y Bulygin (1991), es que la sentencia, como

decisión que pone fin al proceso, se organiza de manera tal que quedan configurados en sus considerandos los motivos jurídicos y fácticos de la misma, los que justificarán el resuelvo de esta.

Ahora bien, en el camino que debe transitar la Corte para poner fin a dicho proceso a través del dictado de una resolución, se presentan problemas que tienen como consecuencia la indeterminación de la decisión judicial. Ello es así ya que se manifiestan dificultades para identificar la premisa normativa o la premisa fáctica aplicable al caso; estos problemas se denominan problemas jurídicos.

En el caso objeto de análisis, el problema jurídico central que debió resolver la Corte es un problema axiológico. Los problemas axiológicos son aquellos que se suscitan respecto de una regla de derecho por la contradicción con algún principio superior del sistema o un conflicto entre principios en un caso concreto. Este problema es particularmente importante en la aplicación de normas constitucionales que establecen derechos fundamentales.

En el caso, la discordancia opera entre una regla y un principio, pues siguiendo a Alchourrón y Bulygin (1988), existe una inadecuación entre una propiedad relevante establecida en la regla y un derecho fundamental establecido en la forma de principio jurídico. Estos autores definen la noción de laguna axiológica para referirse a situaciones en las cuales existe una solución legal prevista (por tanto, no hay laguna normativa en sentido estricto), pero dicha solución resulta axiológicamente insatisfactoria. En otras palabras, la respuesta que ofrece el sistema jurídico a cierto caso es considerada injusta o inadecuada porque el legislador no tomó en cuenta una distinción fáctica o valorativa que debió haber considerado al regular. Así, la expresión “laguna del derecho” en sentido axiológico alude a un vacío en los valores atendidos por la norma más que a una ausencia de norma: hay una norma aplicable, pero esta omite un factor relevante que habría cambiado la solución, y que, de haberse previsto, habría llevado a un tratamiento normativo diferente. Alchourrón y Bulygin subrayan que los juristas suelen hablar de “laguna” en este contexto precisamente cuando la solución legal existente es inadecuada porque el sistema no hace una distinción que debería hacer, según un cierto criterio de justicia o conveniencia, es decir, cuando “no toma en cuenta una propiedad que se considera relevante”. Este concepto técnico de laguna axiológica se distingue de una mera discrepancia política o moral, pues se funda en la idea de que el ordenamiento no

contempló un supuesto de hecho o atributo del caso que, por razones valorativas, debiera contemplar.

En consecuencia, la cuestión que debe resolver la Corte en el fallo expuesto es la colisión entre el artículo 29 inc. c) e *in fine* de la misma Ley, y el principio del interés superior del niño contemplado en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño y artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional.

El artículo 29 inc. c) es una de las causales impeditivas del ingreso y permanencia de extranjeros al Territorio Nacional cuando la persona haya sido condenada al cumplimiento de una pena privativa de la libertad superior a 3 años. El mismo artículo *in fine* establece una excepción y concede a la DNM la potestad de admitir, por razones humanitarias o de reunificación familiar, en el país en las categorías de residentes permanentes o temporarios, a los extranjeros comprendidos en dicho artículo. Por su parte, el principio del interés superior del niño es un precepto que proporciona un parámetro objetivo que permite resolver los problemas de los niños en el sentido de que la decisión se define por lo que resulta de mayor beneficio para ellos. El mismo, reviste jerarquía constitucional en virtud del art. 75 inc. 22 por haber Argentina ratificado la Convención sobre los Derechos del Niño.

Pues entonces, la Suprema Corte se enfrenta a un problema jurídico porque debe resolver la contradicción que existe en la premisa normativa entre una regla (Ley 25.871) y un principio (interés superior del niño). Esta contradicción está latente puesto que, por un lado, se encuentra una ley nacional que en miras de proteger el orden público, le permite a la Dirección Nacional de Migraciones, a través de un acto administrativo, resolver sobre la expulsión de una migrante boliviana (en tanto fue condenada previamente por haber traficado estupefacientes en el suelo argentino), y por el otro, el interés superior de cuatro niños menores de edad, y el deber del Estado de resguardarlo y preponderarlo.

En el caso de la migrante C.G.A y sus hijos, se puede identificar con claridad la laguna axiológica de la que hablan Alchourrón y Bulygin. El art. 29 inc. c) considera como propiedades relevantes del caso, por un lado, la condición de extranjera de la madre y, por otro, la existencia de una condena penal grave (tráfico de estupefacientes) como causal de expulsión. Sin embargo, el sistema normativo omitió atribuir relevancia jurídica a otro hecho crucial: la presencia de hijos menores de edad, ciudadanos argentinos, bajo el

cuidado de la migrante. Desde una perspectiva axiológica y constitucional, la existencia de estos niños y la potencial ruptura del núcleo familiar debían ser propiedades relevantes para decidir la solución del caso, dado el principio superior que protege la unidad familiar y el desarrollo del niño. Esta discrepancia entre qué factores fueron considerados por la norma y cuáles debieron ser considerados según el valor superior en juego evidencia la laguna axiológica: el sistema jurídico, tal como está formulado, no diferencia entre el caso de un infractor migratorio con hijos menores a cargo y aquel sin hijos, aplicando a ambos la misma consecuencia (expulsión) cuando en justicia esa diferencia de circunstancias exigiría un tratamiento distinto.

Para esclarecer la prevalencia normativa de la Convención sobre los Derechos del Niño, es menester hablar de la jerarquía de normas. En Argentina, la Carta Magna se erige como la ley suprema, y establece los derechos y garantías fundamentales de las personas y la forma de organizar los poderes del Estado. Por encima de ella no existe otra norma con jerarquía superior, y eso es lo que se denomina supremacía constitucional.

Decir que la constitución tiene supremacía alcanza dos significados posibles: a) con uno queremos afirmar que la constitución material es la base o el fundamento que da efectividad y funcionamiento al orden jurídico político de un estado; b) con otro, adosado a la tipología de la constitución formal, se señala que por estar revestida de superlegalidad y supremacía, la constitución impone como "deber-ser" que todo el mundo jurídico inferior a ella le sea congruente y compatible, y no la viole ni le reste efectividad funcional y aplicativa. (Bidart Campos, 2004, p. 5).

Siguiendo a Bidart Campos (2004) los instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional no forman parte del texto de la constitución; pero se sitúan a su mismo nivel, y en común con la Constitución encabezan el vértice del ordenamiento jurídico argentino; esto significa que, también en paridad con la Constitución, forman parte de lo que cabe denominar el "bloque de constitucionalidad federal".

El artículo 75 inc. 22 de la Ley Madre es el que otorga rango constitucional a los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por el Poder Legislativo de

la Nación Argentina, el cual es superior a cualquier ley nacional dictada por el mismo. Así, la Convención sobre los Derechos del Niño, tratado enumerado en este último artículo de la Constitución Nacional, que contempla en su artículo 3 el interés superior del niño, tiene jerarquía constitucional, y, por lo tanto, rango superior a la Ley 25.871.

En consecuencia de lo antes explicitado, la Corte ha quedado posicionada frente a un problema axiológico toda vez que debe resolver respecto de: aplicar la ley migratoria en resguardo del orden público (artículo 29 de la Ley 25.871), proteger el interés superior del niño como propiedad relevante, ponderando la supremacía constitucional; y, por lo tanto, el rango constitucional de la Convención sobre los Derechos del Niño. Entonces aquí la respuesta jurisdiccional de la Corte Suprema opera como un mecanismo para corregir esa laguna axiológica y restablecer la coherencia valorativa del sistema. Al fallar a favor de la recurrente, el Máximo Tribunal reconoció la primacía jerárquica del principio del interés superior del niño y lo aplicó como criterio para re-interpretar y limitar la norma infraconstitucional en conflicto. De este modo, la Corte integró el elemento axiológico omitido por la legislación: ordenó que la autoridad migratoria reevalúe el caso considerando debidamente la situación de los niños afectados y la protección de la unidad familiar, tal como exige el bloque de constitucionalidad federal. Esta decisión judicial, en consecuencia, resolvió el caso conforme al principio superior, demostrando en la práctica la prevalencia de la norma de mayor jerarquía en caso de colisión axiológica.

II. Reconstrucción de la premisa fáctica, historia procesal y descripción de la decisión del tribunal

Como se anticipó, de las constancias que se pudieron tener a la vista, C.G.A, ciudadana boliviana, fue condenada a cuatro años y tres meses de prisión efectiva por el delito de tráfico de estupefacientes, lo cual motivó a la Dirección Nacional de Migraciones (DNM) a adoptar el día 28 de abril de 2016, mediante disposición SDX 96005, la decisión de declarar irregular la permanencia en el país de C.G.A, ordenar su expulsión del territorio de la República Argentina y prohibirle su reingreso con carácter permanente. Para decidir de esta forma, la DNM se valió de lo dispuesto el artículo 29, inciso c, de la Ley 25.871, explicado supra.

Frente ello, la recurrente interpuso un recurso administrativo alegando que la expulsión afectaría gravemente a sus cuatro hijos menores de edad, todos de nacionalidad argentina, quienes dependen económica y emocionalmente de ella, y solicitó que se

hiciera lugar por razones de reunificación familiar, a la dispensa prevista en el artículo 29 *in fine* de dicha manda. Para ello, acompañó informes socioambientales que evidenciaban su rol como cuidadora primaria, la situación de extrema vulnerabilidad del grupo familiar, y el riesgo de desamparo que sufrirían los niños si se ejecutaba la medida; destacando asimismo que, la recurrida omitió considerar el principio del interés superior del niño, reconocido constitucionalmente y en tratados internacionales.

Sin embargo, la DNM con fecha 29 de agosto del año 2017, rechazó el recurso mediante la disposición SDX 162263/2017, porque entendió que los fundamentos esgrimidos por la recurrente no modificaban los presupuestos que originaron las medidas adoptadas en su contra, ya que no aportaban elementos nuevos que justificaran alterar lo resuelto. Asimismo, aunque la DNM reconoció que la migrante había acreditado tener hijos argentinos menores de edad, la gravedad del delito por el cual fue condenada impidió reconsiderar la decisión, manteniéndose así la solución inicial.

En virtud de esta decisión, C.G.A. acudió en primera instancia judicial, ante el Juzgado Contencioso Administrativo Federal N° 2, planteando un recurso directo en contra de las dos disposiciones de mención dictadas por la DNM. No obstante, aquel lo rechazó, respaldando la decisión administrativa.

Posteriormente, ya en segunda instancia judicial y en disconformidad, la recurrente apeló la sentencia de este Juzgado ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala III; empero, la misma falló confirmando la decisión del Juzgado. Para resolver, la Cámara argumentó, por una parte, que la gravedad del delito de tráfico de estupefacientes por el que C.G.A. fue condenada, justificaba la aplicación del artículo 29, inciso c, de la Ley 25.871 (causal de expulsión), y, por otra parte, explicó que no hubo interpretación parcial ni tergiversación de la ley por parte de la DNM al encuadrar el caso en dicha causal. Asimismo, entendió que era inaplicable el artículo 62 de la Ley 25.871 debido a que no se acreditó que C.G.A. contara con residencia permanente en Argentina, poniendo de resalto que este es un requisito exigido por dicha norma para acceder a beneficios excepcionales como lo es la dispensa del artículo 29 *in fine*. Finalmente, la Cámara expuso como fundamento que esta dispensa por reunificación familiar es una potestad discrecional de la DNM como órgano especializado, y que el control judicial se limita a verificar la razonabilidad del acto administrativo, sin sustituir

su criterio, salvo error u omisión grave, no presentes en el caso. (Ley N° 25.871, 2004, arts. 29 inc. c), in fine y 62).

Pues entonces, como remedio procesal, la recurrente interpuso ante dicha Cámara un recurso extraordinario federal contra la resolución de la misma, que fue rechazado, lo cual motivó como *última ratio* la queja ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Seguidamente, efectuó una presentación, mediante la cual solicitó que se suspendiera la ejecución de la sentencia apelada y requirió la intervención de la Defensoría de Menores e Incapaces ante el fuero federal en representación de sus cuatro hijos menores de edad.

En “tercera” y última instancia, la Corte se declaró competente para entender en la causa, le dio la razón a la recurrente y resolvió por mayoría hacer lugar al recurso de queja, declarar procedente el recurso extraordinario y revocar la sentencia dictada por la Cámara Federal, ordenando reevaluar la dispensa de expulsión que había sido denegada por la DNM y avalada por dicha Cámara. Para así decidir, hizo énfasis en los siguientes puntos: a) consideró que se controvertía la aplicación de normas federales (artículo 14, inciso 3°, Ley 48) y la validez de actos administrativos nacionales; b) entendió que había una cuestión federal vinculada, porque los agravios basados en la arbitrariedad de la decisión (omisión en la consideración del interés superior del niño y protección familiar), estaban intrínsecamente ligados a la interpretación de derechos constitucionales y convencionales; c) sobre el fondo de la cuestión planteada y en función a los agravios expuestos por la recurrente, afirmó que existía una clara violación del principio de razonabilidad, puesto que la expulsión implicaba desmembrar su familia y ocasionar un menoscabo al interés superior de sus hijos argentinos menores de edad, utilizando como fundamento legal (entre otros) el artículo 29 *in fine* de la Ley 25.871, Convención sobre los Derechos del Niño y la Constitución Nacional; y dijo que, existió una omisión por parte de la Cámara quien al resolver en favor de la DNM no resguardó el derecho de los niños a ser oídos, no evaluándose las consecuencias que tendría dicha resolución judicial arbitraria en la vida familiar de los afectados. (Ley N° 48, 1863, art. 14 bis).

III. Identificación y reconstrucción de la *ratio decidendi* de la sentencia

La *ratio decidendi* es entendida como todos aquellos argumentos jurídicos de los que se ha valido la Corte para arribar a su resolución, es decir, las razones que motivaron su decisión.

En este caso, los jueces Rosatti, Maqueda y Lorenzetti (miembros de la Suprema Corte en ese entonces), por voto conjunto mayoritario fallaron en favor de la recurrente decidiendo hacer lugar al recurso de queja, declarando procedente el recurso extraordinario federal, revocando en consecuencia la sentencia apelada, y ordenando reevaluar el rechazo de la dispensa solicitada a la DNM. Por el contrario, y en disidencia votó el Juez Rosenkrantz, quién sostuvo que se había tornado inoficioso el pronunciamiento de la Corte ante un caso que para el momento de resolver carecía de razones que justifiquen hacer uso de la facultad excepcional de expedirse la misma, habiéndose vuelto abstracta la controversia.

Para sentenciar en ese sentido, la mayoría utilizó distintos argumentos jurídicos que le permitieron resolver el problema axiológico planteado, valiéndose del mencionado silogismo jurídico, que, como se señaló, representa una herramienta para comprender, descomponer y evaluar problemas y soluciones jurídicas, cuya estructura principal es: premisa normativa, premisa fáctica y conclusión jurídica.

La premisa normativa del caso está configurada por una regla, el artículo 29 inc. c de la Ley 25.871, y por un principio constitucional, como lo es el Interés Superior del Niño. Partiendo de la misma, la Corte en primer lugar se refirió respecto de las facultades discrecionales que tienen los órganos administrativos con potestad para emitir actos administrativos resolutorios. Reiteró -tal como lo hizo en antecedentes jurisprudenciales, que el hecho de que la Administración haga uso de sus facultades discrecionales, de ninguna manera implica que pueda utilizarse *so pretexto* de una conducta arbitraria, sosteniendo que “la esfera de discrecionalidad susceptible de perdurar en los entes administrativos no implica en absoluto que estos tengan un ámbito de actuación desvinculado del orden jurídico o que aquella no resulte fiscalizable” (CSJN, 307:639, 1985). (CSJN, 315:1361, 1992).

Luego procedió a ahondar en el análisis del principio de protección legal de la familia y del interés superior del niño. Con respecto al primero de estos, puso especial énfasis en el mandato impuesto por el propio artículo 14 bis de la Constitución Nacional orientado a la protección integral de la familia. En relación con ello, trajo a colación disposiciones internacionales con jerarquía constitucional tales como el artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional, los artículos 11.2 y 17.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos,

Sociales y Culturales, los artículos 17.1 y 23.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y artículos 12 y 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Concluyó en que dichos instrumentos definen a la familia como elemento natural y fundamental de la sociedad, y remarcan el deber que recae en cabeza del Estado de otorgarle la más amplia protección y asistencia posible. A su vez, dijo que dichos instrumentos tienen por objeto reconocer el derecho de toda persona a no ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida familiar. Reiteró asimismo que, la Ley Fundamental en el artículo 75 inc. 23 encomienda una especial y efectiva tutela de los derechos del niño, al igual que el artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que reconoce el derecho de todo niño a la adopción de medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado. (Constitución de la Nación Argentina, arts. 75 inc. 22 y 23, 14 bis, 1994). (Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1984, arts. 11.2 y 17.1). (Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1966, art. 10). (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1966, arts. 17.1 y 23.1). (Declaración Universal de Derechos Humanos, 1948, arts. 12 y 16).

Luego, siguiendo su línea argumental, examinó pormenorizadamente todas aquellas normas infra constitucionales y con consagración constitucional que protegen el interés superior del niño. Respectivamente, mencionó el artículo 3° de la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, el artículo 706, inciso c, del Código Civil y Comercial de la Nación, y el artículo 3° de Convención sobre los Derechos del Niño. (Ley N ° 26.061, 2005, art. 3). (Ley N ° 26.994, 2015, art. 706 inc. c)).

Fijada la premisa normativa, la Suprema Corte llevó adelante una valoración fáctica del caso concreto, desglosándola en tres ejes fundamentales: (i) Condena firme de la madre por tráfico de estupefacientes; (ii) Existencia de cuatro hijos argentinos, escolarizados y bajo el exclusivo cuidado de su madre; (iii) Riesgo cierto de desamparo acreditado mediante informe socio-ambiental.

Respecto a la primera cuestión, el Máximo Tribunal entendió que, el hecho de que C.G.A. haya sido condenada a la pena de cuatro años y tres meses de prisión de cumplimiento efectivo por el delito de tráfico de estupefacientes, no obsta el deber del *a quo* de ejercer un control de legalidad y razonabilidad sobre la decisión de la DNM. Sobre

el segundo y tercer punto, resaltó que la recurrente había acreditado elementos suficientes que demostraban la existencia de una situación de riesgo cierto y concreto de desamparo, en la que se verían afectados sus hijos en caso de efectivizarse la expulsión del país dispuesta por la DNM. Dicha omisión, se configuró al no tener en cuenta la situación de vulnerabilidad extrema de los niños, su dependencia material y afectiva para con su madre, así como también al obviar el riesgo cierto de desamparo que traería aparejada dicha medida, conforme a lo debidamente alegado y probado en el expediente, mediante los diferentes informes socio ambientales y psicológicos.

De esta manera, llegó a la conclusión de que el principio del interés superior del niño, opera como una directriz imperativa que condiciona el ejercicio de la función jurisdiccional en todos los casos concernientes a niños y niñas, extendiéndose a todas las instancias, incluso a aquellos casos en los que quien deba resolver sea la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Explicó que, en su condición de máximo tribunal nacional, la Corte tiene la competencia para aplicar –dentro de su jurisdicción– los tratados internacionales ratificados por la Argentina, los cuales ostentan la preeminencia establecida en el artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional. Destacó imperiosamente que la protección del interés superior del niño solo puede satisfacerse mediante la consideración exhaustiva de las circunstancias específicas del caso. En consecuencia, manifestó que tal como ha fallado en anteriores causas, su determinación exige el abordaje de un examen detallado de las particularidades del asunto, como así también otorgar prioridad, entre las alternativas de solución posibles, a aquella que proteja en mayor medida la situación real de los infantes. En suma, afirmó que el principio del interés superior prevalece por la jerarquía que reviste, mientras que, la expulsión, sin haber sido debidamente ponderada resulta irrazonable y desproporcionada; motivando a exigir a la DNM a reevaluar la posibilidad de otorgar la dispensa. (CSJN, 344:2669, 2021). (CSJN, 344:2647, 2021).

Más allá de lo que estimó la mayoría del tribunal, en disidencia votó el Juez Rosenkrantz. El magistrado sostuvo en primer lugar que tras otorgarle la concesión de residencia permanente a la actora mediante la disposición SDX 121159/22 (fundada en razones humanitarias y de reunificación familiar), los actos administrativos impugnados (SDX 96005/2016 y 162263/2017) perdieron su objeto. Fundamentó su postura en el artículo 29 de la ley 25.871, el cual permite hacer lugar a dispensas

excepcionales, y en los artículos 17 y 18 de la ley 19.549, que regulan la sustitución de actos administrativos como modalidad de extinción. Expresó que, al otorgarse un nuevo estatus migratorio, los actos anteriores quedaron tácitamente reemplazados, tornándose abstracta la controversia. (Ley N°19.549, 1972, arts. 17 y 18).

El juez sustentó su decisión invocando a su vez un principio jurisprudencial que exige a los tribunales resolver conforme a la realidad existente al momento de dictar sentencia, incluso si los hechos son posteriores a la interposición del recurso. Por tanto, al haber concedido la DNM la residencia permanente a la recurrente de forma posterior a la decisión de expulsarla del país, la impugnación por ella interpuesta carecía de efecto práctico, configurando el decisorio en un caso abstracto. Por ende, estimó inoficioso pronunciarse sobre agravios dirigidos a actos ya extinguidos, y en consecuencia rechazó la excepcionalidad del control judicial porque, aunque la Corte Suprema tiene facultad para resolver casos abstractos cuando existen intereses institucionales o riesgo de repetición, el disidente entendió que este supuesto no se configuraba. Pues tal como la Suprema Corte ha resuelto en otros casos, Rosenkrantz mantuvo la idea de que, en la presente causa, la residencia permanente resolvió el conflicto de modo definitivo, sin indicios de que la Dirección Nacional de Migraciones reiterara la conducta impugnada; ergo, no existía un interés público imperioso que justificara un pronunciamiento de fondo. (CSJN, 333:777, 2010). (CSJN, 305:2228, 1983).

Asimismo, la mayoría enriqueció lo argumentado en sus considerandos citando los fallos: “Otoya Piedra” y “Barrios Rojas”, contrastando los mismos con el fallo en cuestión, advirtiendo que, si bien comparten particularidades, existe una divergencia fundamental: los sujetos afectados en este último son niños argentinos colocados en una real situación de desamparo. Para ello, elaboró un breve análisis sobre la aplicabilidad de los fundamentos utilizados en aquellos precedentes a la presente causa. Primeramente, sostuvo en "Barrios Rojas", que el artículo 29 de la ley 25.871 establece causales taxativas para impedir el ingreso o permanencia de extranjeros en el país, destacando que, en su último párrafo se faculta a la Dirección Nacional de Migraciones (DNM) a otorgar dispensas excepcionales por razones humanitarias o de reunificación familiar, siempre que la decisión se encuentre adecuadamente fundada. Ahora bien, entendió que esta facultad discrecional debe interpretarse de modo restrictivo, es decir, como excepción a la regla general. También resaltó que, si la negativa a otorgar la dispensa genera

un desamparo familiar grave —particularmente cuando afecta a infantes—, dicha decisión podría configurar una injerencia arbitraria que importe un desmembramiento de la vida familiar de los afectados. En consecuencia, la Corte explicó que, en estos casos, el interés superior del niño opera como un límite constitucional, exigiendo a la DNM y a los tribunales el tener que priorizar la protección integral de los menores por sobre la normativa migratoria general. (CSJN, 343:990, 2020).

Por su parte, en el fallo "Otoya Piedra", el tribunal confirmó que la DNM puede negar la dispensa basándose en la entidad del delito cometido por el migrante, ya que dicha valoración forma parte de su ámbito de competencia. Dijo que, la mera referencia a la gravedad del hecho constituye motivación suficiente para rechazar la excepción, sin necesidad de análisis adicional. (CSJN, 344:3600, 2021).

No obstante, la Corte diferenció ambos precedentes con el caso objeto de análisis, y manifestó que no se trata de la misma situación fáctica, toda vez que, en la presente causa, las razones de reunificación familiar alegadas por la recurrente tienen como principales afectados a personas menores de edad. Y resaltó a su vez que, los agravios esgrimidos por C.G.A. se centran, en el hecho de que la Cámara, al revisar la decisión administrativa que rechazó la dispensa oportunamente requerida, no valoró correctamente la notoria situación de vulnerabilidad en la que colocaba a la recurrente y a sus hijos, exponiendo a estos últimos a una grave situación de desamparo.

IV. Descripción del análisis conceptual, antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales

Precisiones conceptuales sobre el interés superior del niño su jerarquía constitucional

En la Argentina, el interés superior del niño constituye un principio cuya protección se despliega en el plano constitucional, en la legislación infraconstitucional y en los tratados internacionales incorporados al orden interno. Aunque este principio “interés superior del niño” no figura literalmente en el texto de la Constitución Nacional, la reforma de 1994 lo situó en el ápice del ordenamiento jurídico mediante dos normas imperativas. Por un lado, el artículo 75 inciso 22 confirió jerarquía constitucional a la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN); en consecuencia, el artículo 3.1 de dicho tratado —que ordena atender de manera primordial al bienestar infantil en toda acción pública o privada— adquirió el mismo rango que las cláusulas constitucionales, se integró al bloque de constitucionalidad federal y actualmente prevalece sobre las leyes internas.

Por otro lado, el artículo 75 inciso 23 impuso al Congreso la obligación de legislar y promover acciones positivas que garanticen el pleno goce y ejercicio de los derechos de los niños, de establecer un régimen de seguridad social especial para los menores en situación de desamparo, como así también de proteger a la madre durante el embarazo y la lactancia. De esta doble imposición emana un mandato constitucional que exige que toda decisión judicial o administrativa sea tomada teniendo en cuenta el interés superior del niño; de lo contrario, tal decisión debería ser tachada de inconstitucional.

A diferencia de la Carta Magna, el artículo 3 de la Ley 26.061, define el interés superior como “la máxima satisfacción integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos” a los menores, consagrando un enfoque de derechos interdependientes, inderogables y de orden público. La misma norma dispone que, ante la colisión con otros intereses legítimos, prevalecerán los derechos del niño, y profundiza la operatividad del principio al reconocer su derecho a ser oído y a que su opinión incida en toda decisión que lo concierna. Además, introduce el concepto de “centro de vida” —el lugar donde el menor ha desarrollado la mayor parte de su existencia— y lo erige como un parámetro fundamental a tener en cuenta con el objetivo de proteger el arraigo de los infantes.

Coherente con este diseño, el Código Civil y Comercial de la Nación, vigente desde 2015, recoge el principio como piedra angular del derecho de familia: el artículo 706 inciso c impone que toda sentencia que involucre a niñas, niños o adolescentes se adopte teniendo en cuenta su interés superior.

En el ámbito internacional, la CDN sitúa el interés superior en el corazón del sistema universal de protección infantil. El artículo 3.1 dispone que toda medida relativa a niños debe considerar su interés como pauta primordial. Por su parte, el Comité de los Derechos del Niño ha enfatizado en su Observación General N° 14 (2013) que el concepto de “interés superior del niño” tiene una naturaleza triple: es un derecho sustantivo del niño, un principio jurídico interpretativo fundamental y una norma de procedimiento que deben guiar la toma de decisiones que lo involucre. En otras palabras, toda autoridad que deba interpretar una norma o tomar una medida respecto de un menor de edad debe evaluar las opciones posibles y elegir la que mejor garantice sus derechos y bienestar. Este Comité también aclaró que la noción de “interés superior” no puede utilizarse para justificar la vulneración de otros derechos del niño; por el contrario, todos los derechos

del niño reconocidos en la CDN forman parte de su interés superior, sin jerarquía interna entre ellos.

Así, en el orden jurídico argentino, el interés superior del niño opera simultáneamente como parámetro axiológico y como norma positiva de máxima jerarquía. Su plena tutela constitucional —derivada de los artículos 75 incisos 22 y 23—, su formulación legislativa en la Ley 26.061, su incorporación sistemática en el Código Civil y Comercial y su anclaje en la Convención sobre los Derechos del Niño configuran un entramado normativo que obliga a evaluar el impacto de cualquier decisión estatal o privada en la vida de la niñez.

En definitiva, este principio se erigió en el caso como un criterio rector ineludible para interpretar y aplicar todos los derechos y garantías de niños, niñas y adolescentes, y exige que el Estado remueva obstáculos y provea las prestaciones necesarias para asegurar su bienestar efectivo y su desarrollo pleno. Esto se vislumbra al momento en que la Corte, ponderó la expulsión dispuesta por la DNM y aplicó el interés superior del niño como principio rector para neutralizar la regla del art. 29 inc. c) de la Ley 25.871. Indudablemente, la decisión se apoyó en la Observación General 14 del Comité de los Derechos del Niño, que exige evaluar las circunstancias concretas (informe socio-ambiental, rol de cuidadora primaria y riesgo de desamparo) antes de adoptar una medida que rompa la unidad familiar. De este modo, la teoría sobre la triple dimensión del principio —derecho sustantivo, principio interpretativo y norma de procedimiento— se refleja en la estructura del voto mayoritario. Asimismo, en los considerandos 13 y 15 del fallo se advierte cómo la Corte trasladó esa doctrina al caso: primero verificó el riesgo cierto de desamparo (derecho sustantivo), luego revisó la razonabilidad del acto administrativo (principio interpretativo) y por último exigió un examen específico de las circunstancias familiares (norma de procedimiento).

Antecedentes doctrinales y jurisprudenciales

Conceptualizado el interés superior del niño, compete ahora abordar los diferentes antecedentes doctrinales y jurisprudenciales que a lo largo de los años se han encargado de estudiar y esclarecer las distintas aristas relativas a este principio.

Al respecto, Solari (2010) destacó el salto cualitativo que supuso la reforma constitucional argentina de 1994: la CDN adquirió jerarquía constitucional y convirtió al ISN en eje normativo de toda decisión judicial, administrativa o legislativa relativa a la

infancia. Remarcó que ningún principio es absoluto; aun así, postuló que el ISN goza de preferencia frente a otros derechos. Respaldo por el art. 3 de la Ley 26.061, Solari afirmó que la prevalencia del ISN puede ceder solo en situaciones excepcionales y mediante una debida valoración, y entendió que esta tesis refuerza la exigencia de motivación reforzada en sentencias que dictaminen controversias generadas entre derechos de la niñez y otros bienes jurídicos. En su aporte, el autor distinguió dos grandes lecturas del principio del interés superior del niño tras la reforma constitucional argentina de 1994 y la incorporación de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN). Por un lado, se refiere al “principio abierto”, que permite al juez decidir según su saber y entender qué sería lo más conveniente para el niño. Solari criticó esta forma de interpretación y dijo que, en la práctica, la misma perpetúa el antiguo paradigma tutelar, según el cual el niño es objeto de protección por parte del Estado y no sujeto de derechos. Pues entonces, aquí el juez actúa como un “buen padre de familia”, legitimando la discrecionalidad y dejando desplazados los esquemas normativos constitucionales. Tal postura, dominante en la jurisprudencia posterior a 1994, mantiene inalterado el sistema asistencial y facilita que se aluda retóricamente a la CDN sin aplicar efectivamente los derechos sustantivos que aquella enumera. Por otro lado, y en contraposición, propone el “principio garantista”, según el cual el ISN es la “máxima satisfacción integral y simultánea” de los derechos reconocidos en la CDN y en la ley 26.061. Bajo este prisma, el juez conserva un margen valorativo —propio de las ciencias sociales—, pero debe justificar su decisión a partir de los derechos en juego, identificando cuáles colisionan y por qué en virtud de su interpretación debe prevalecer uno sobre otro. De este modo, el principio opera como parámetro hermenéutico y control de constitucionalidad, no como cláusula escapatoria: limita la discrecionalidad y traduce el paso del modelo tutelar al sistema de protección integral.

En igual línea de pensamiento y siguiendo la acepción garantista del principio, Farith Simon (2019), en su estudio del artículo 3 de la Convención sobre los Derechos Del Niño Comentada, hizo alusión a que el Comité de los Derechos del Niño (CRC, por sus siglas en inglés) en su Observación General número 14, indicó que el interés superior tiene una triple dimensión: es un derecho sustantivo, un principio jurídico interpretativo fundamental y una norma de procedimiento. Farith conceptualizó esta dimensión tripartita explicando que el interés superior es un derecho sustantivo, en tanto configura

un criterio primordial a tener en cuenta a la hora de tomar decisiones que afecten a un niño o a un grupo de niños. También, es un principio jurídico interpretativo fundamental, toda vez que cuando una norma admite más de una lectura, se debe elegir siempre la interpretación más favorable al interés superior del niño. Y, por último, es una norma de procedimiento, puesto que siempre que haya que adoptar decisiones que afecten a un niño, deben establecerse medios efectivos que evalúen y determinen su interés superior, dejando constancia de la forma en que ello fue entendido. Para ello, el autor considera los “pasos”-ya detallados por la CRC- para examinar y definir el interés superior en un caso en particular, los cuales son: a) evaluación del interés superior del niño al caso concreto como obligación que recae sobre quien debe tomar la decisión, debiendo darle intervención a equipos multidisciplinarios, y tomando siempre en cuenta la opinión del niño; b) determinación del interés superior del niño en el marco de un procedimiento que vele por las garantías jurídicas y la aplicación adecuada del derecho. (Observación General N°. 14 de 2013).

Farith reflexionó y concluyó en que la aplicación práctica del interés superior del niño exige que el decisor identifique los derechos involucrados, procure satisfacerlos de manera integral y demuestre que su decisión es la más adecuada y necesaria para garantizar el desarrollo y la dignidad del niño. En tal sentido, afirmó que el principio opera como una versión especializada del principio de proporcionalidad: impone verificar la idoneidad y necesidad de la medida y, en una ponderación final, escoger la única opción jurídicamente viable que optimice la protección infantil. No obstante, advierte el riesgo de que la referencia a cláusulas abiertas como el interés superior oculte preferencias subjetivas del juez; por ello, la efectiva reducción de la discrecionalidad estatal resulta indispensable para asegurar un control objetivo y transparente de los derechos en juego.

En igual orden de ideas, los autores Asurey, Jaramillo Fonnegra y Asa (2019) analizaron la CDN, y opinaron que el interés superior de NNA debe prevalecer frente a situaciones que involucren afectaciones a sus derechos. En función de esta premisa, consideraron que es necesario reconocer la potestad soberana de los Estados de decidir sobre quienes ingresan y permanecen en su territorio, pero que ello en ningún caso puede provocar violaciones a los derechos humanos, entre los que se encuentra el derecho a la vida familiar. Por ello confirman que es menester determinar, mediante mecanismos adecuados, cuál es el interés superior de NNA, incluyendo -entre otras cuestiones-,

escucharlos en los procedimientos antes de tomar cualquier decisión que los afecte, ubicándolos en primer plano y analizando profundamente de qué modo la resolución que se tome pueda menoscabar sus derechos.

Finalizando el estudio de este principio, la Dra. Fernández (2021), en su obra “Tratados de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes”, remarca que toda decisión estatal, social o familiar que involucre alguna limitación al ejercicio de cualquier derecho de un niño o niña, debe tomarse teniendo en cuenta el interés superior del niño y ajustarse rigurosamente a las disposiciones que rigen esta materia. La autora pone de manifiesto que la doctrina especializada ha llamado la atención con acierto, sobre las dificultades que exhibe el contenido amplio del concepto "interés superior del niño" y su aplicación a los casos concretos. Frente a ello, insiste en la necesidad de asegurar su interpretación como la maximización y plena satisfacción de los derechos del niño.

Al respecto, la jurisprudencia de la Corte Suprema no se ha dado por eludida en la temática, y se ha encargado de reafirmar en varios de sus precedentes, todas y cada una de las precisiones doctrinarias relatadas supra: en los autos "V., M.N. c. S., W.F. s. Autorización", sostuvo la necesidad de que los tribunales acudan a los organismos interdisciplinarios para materializar en cada caso concreto el mencionado interés. En consonancia, ha resuelto en “R., B. S. y otros s/incidente tutelar” que el principio del "interés superior del niño" establecido en el artículo 3.3 de la Convención sobre los Derechos del Niño obliga a los órganos judiciales a aplicar las normas analizando sistemáticamente cómo los derechos y los intereses de éstos pueden verse afectados por las decisiones y medidas que se adopten. Por su parte, en “A., S. E. c/ Profe-Incluir Salud Unidad Ejecutora y otro - Estado Nacional s/ amparo ley 16.986” explicó que el principio de protección del interés del niño opera imperativamente en un papel integrador, que llena los eventuales vacíos de la ley y prevalece sobre aquellos preceptos cuya implementación contraría sus derechos. Por ende, los tribunales deben aplicarlo analizando sistemáticamente cómo los derechos y conveniencias del menor se verán afectados por las decisiones que habrán de asumir. (CSJN, 2010, 333:1776). (CSJN, 2015, R., B. S. y otros s/incidente tutelar). (CSJN,2019, A., S. E. c/ Profe-Incluir Salud Unidad Ejecutora y otro - Estado Nacional s/ amparo ley 16.986.).

Ahora bien, cabe preguntarse: ¿Cómo opera en la práctica judicial la aplicación en el caso concreto de este principio? ¿Qué criterios ha de tener en cuenta el juez para

adoptar una decisión en la que el interés superior del niño pueda verse perjudicado por una decisión estatal? ¿Qué debe prevalecer? Frente a estos interrogantes, es necesario desarrollar algunas cuestiones.

En primer lugar, es importante recordar que el interés superior del niño es un principio desde la óptica de la Teoría de la Argumentación Jurídica. Para Dworkin (2004) las reglas se aplican en términos absolutos, mientras que los principios expresan razones que pueden prevalecer sobre una regla cuando su peso lo justifica. El interés superior del niño es, por su naturaleza valorativa y abierta, un principio que guía la resolución de conflictos normativos.

Precisando estos conceptos, Cassagne (2020) explicó que el ordenamiento jurídico se compone de normas y principios generales: mientras las primeras son positivas (legales, consuetudinarias o jurisprudenciales), los principios —aunque pueden incorporarse al derecho positivo— tienen un carácter universal y superior, incluso sobre las leyes, al derivar de la justicia y la razón práctica.

Cassagne (2020) en su trabajo doctrinal analizó el principio de razonabilidad y lo concibió como un metaprincipio que nuclea subprincipios como la igualdad, la protección del contenido sustancial de los derechos, la prohibición de arbitrariedad y el principio de proporcionalidad. Explicó que, razonabilidad, importa una exigencia de justificación racional de toda decisión estatal: pues no basta con la corrección formal; sino que un acto estatal es válido cuando existe coherencia lógica entre los medios empleados y el fin perseguido, es decir, que tengan una justificación racional suficiente, vinculada a la justicia y al bien común, exigiendo así, una argumentación jurídica sólida.

Pues entonces, es posible ubicar dentro de los principios, al interés superior del niño. Ya se ha dicho que el mismo se encuentra contenido en instrumentos nacionales e internacionales, y ostenta de jerarquía constitucional en Argentina. Cuando el mismo colisiona con una ley con jerarquía inferior, tal como lo es la Ley 25.871, será necesario acudir a criterios que permitan dar una solución razonable, satisfaciendo así, la exigencia propuesta por Cassagne.

Aquí es donde encuentra protagonismo la obra “Teoría de los Derechos Fundamentales” de Robert Alexy de 1993. El autor expone la arquitectura conceptual que sostiene la llamada “Teoría de los Principios” y su método de ponderación en el ámbito de los derechos fundamentales. Alexy (1993) parte de una distinción básica que

atraviesa los Estados constitucionales democráticos: las normas de organización del poder y las que lo limitan —los derechos fundamentales—. Como defensor de la “Teoría de los principios” (amplia y comprehensiva), el autor explica que la misma concibe los derechos como principios o mandatos de optimización que ordenan realizar algo “en la más alta medida posible” dentro de las restricciones fácticas y jurídicas. Estos tienen un efecto irradiante sobre todo el ordenamiento jurídico y generan colisiones que exigen ponderación. Alexy reconstruye la ponderación como la tercera etapa del principio de proporcionalidad (adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto). Los dos primeros subprincipios se orientan a la optimización relativa de posibilidades materiales; mientras que la proporcionalidad en sentido estricto atiende a la optimización jurídica, regida por la “ley de ponderación”: cuanto mayor sea el sacrificio de un principio, mayor debe ser la relevancia de realizar el principio opuesto. Este esquema, demuestra que la graduación de intensidades y la asignación de importancias puede seguir criterios racionales (p. ej., escalas leve - media - grave). El autor reivindica la ponderación como método racional para resolver colisiones de derechos fundamentales dentro del Estado constitucional. Lejos de disolver los derechos en una lógica utilitarista, su estructura escalonada (proporcionalidad, ley de ponderación, graduación de intensidades) permite arribar a decisiones justificadas y garantiza la protección de su núcleo esencial frente a mayorías o intereses estatales.

V. Postura de la autora

Se considera que la resolución arribada por la mayoría de los miembros de la Corte es acertada, en tanto aplica de manera prioritaria el principio del interés superior del niño y fija límites razonables a la potestad expulsiva del Estado.

En efecto, la decisión mayoritaria en primer lugar reconoce la supremacía constitucional de la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 75 inc. 22 CN). En segundo término, exige una evaluación individualizada del riesgo de desamparo. Y, por último, fortalece la tutela judicial de los grupos en situación de vulnerabilidad.

Este fallo constituye un avance normativo al reafirmar que los derechos de los niños adquieren tutela preferente respecto de potestades administrativas destinadas a salvaguardar la seguridad pública. Al encuadrar el caso en la cláusula de reunificación familiar prevista en el art. 29 *in fine* de la Ley 25.871 y al aplicar de manera explícita la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 3) y el art. 75 incs. 22 y 23 de la

Constitución, la Corte coloca la vida familiar en el núcleo intangible de la ponderación. Esta perspectiva coincide con la tesis de Robert Alexy sobre la estructura de los derechos como principios que imponen la optimización de su contenido según el grado de afectación.

Se destaca favorablemente que el Tribunal ha desentrañado con éxito el problema axiológico ponderando el impacto negativo que traería aparejada la decisión de la DNM de expulsar a la recurrente, afectando el centro de vida de los niños, su interés superior y la jerarquía constitucional de este principio, frente al interés estatal de proteger el orden público ante la gravedad del delito imputado a la madre de estos; concluyendo así que la efectivización de dicha medida administrativa colocaría a los infantes en una real situación de desamparo y dañaría en exceso su desarrollo integral.

Se cree entonces que la decisión, satisface el test de proporcionalidad en sentido estricto: aun cuando la medida perseguía un fin legítimo –la protección del orden público resultaba innecesaria y desproporcionada al existir alternativas menos lesivas, como podría haber sido el otorgamiento de la residencia permanente a C.G.A.

Desde la mirada de la teoría de la argumentación, la *ratio decidendi* exhibe dos aciertos adicionales. Primero, integra precedentes relevantes –“Barrios Rojas” y “Otoya Piedra”– y los reinterpreta a la luz de las particularidades fácticas del caso, cumpliendo la Corte con su deber de observancia de los lineamientos sentados por sus propios precedentes, unificando jurisprudencia. Segundo, pone en marcha la “ley de ponderación” de Robert Alexy, evaluando la racionalidad de la decisión administrativa, a los fines de determinar que la misma sea justificada y evite decisiones irreflexivas.

Sin embargo, también se observa que la sentencia evidencia zonas de sombra que comprometen su eficacia transformadora. El Tribunal omite fijar parámetros objetivos para graduar la noción de “gravedad” del delito a la luz de la reunificación familiar, lo que perpetúa el margen de discrecionalidad de la Dirección Nacional de Migraciones y debilita la exigibilidad de la regla diseñada. Además, la Corte se limita a examinar la vulnerabilidad de los niños desde una óptica asistencial, sin desarrollar estándares de participación efectiva, defensa técnica y escucha directa –prescripciones ya consolidadas en la Observación 14 del Comité de los Derechos del Niño (2013)–. La falta de tales directrices conlleva el riesgo de que futuros operadores omitan la tutela de la verificación

formal de informes socio ambientales, sin oír la voz de los propios titulares de los derechos.

Como contracara, se aprecia que la disidencia del juez Rosenkrantz, aunque fundada en la abstracción sobrevenida del litigio, y coherente con la doctrina de las sentencias inoficiosas, desconoce la dimensión institucional del precedente y la función nomofiláctica de la Corte en materia de derechos humanos. Aun aceptando la extinción de los actos administrativos impugnados, se considera que hubiera persistido el interés público en delimitar el alcance del art. 29 y en fijar pautas que impidan la reiteración de expulsiones incompatibles con la protección familiar; tal necesidad fue correctamente enfatizada por la mayoría. El voto minoritario, en consecuencia, subestima la rama preventiva del control de constitucionalidad, no da solución al problema axiológico, y deja sin respuesta una práctica administrativa reiterada que afecta de manera sistemática a niños en situación de vulnerabilidad.

Esta disidencia al descansar en la doctrina de los casos abstractos invisibiliza las consecuencias concretas que la expulsión habría generado en los niños. Si los tribunales adoptaran sistemáticamente este enfoque, quedarían sin remedio situaciones en las que las autoridades migratorias sustituyen o revocan actos a último momento para neutralizar el control judicial. Ello minaría la función preventiva de la tutela judicial efectiva y debilitaría la protección real de los derechos de NNyA: los menores seguirían expuestos al riesgo de desamparo durante el período en que el acto estuvo vigente, y se enviaría un mensaje de impunidad administrativa. Por ende, la crítica a la disidencia no es meramente teórica; se dirige a evitar un precedente que permitiría a la Administración “autocurar” actos lesivos mediante actos posteriores, dejando sin reparación el daño sufrido por los niños.

Por todo lo expuesto, se afirma que es legítima la resolución a la que arriba la Corte, toda vez que en su rol de protectora de la supremacía constitucional y siendo fiel a sus antecedentes jurisprudenciales, concluye criticando de manera apropiada a la Cámara por omitir el análisis del interés superior del niño, lo cual incluye su derecho de ser oído, tener en cuenta los informes socioambientales y la importancia del centro de vida donde los menores desarrollaban su infancia; convirtiendo el fallo en arbitrario. En otras palabras, su respuesta fomenta la armonización de las fuentes internas e

internacionales y asegura la interpretación del interés superior del niño como la maximización y plena satisfacción de los derechos de los cuatro menores afectados.

Este precedente reafirma la supremacía de los compromisos convencionales en proteger el interés superior del niño y la vida familiar, y ofrece un modelo de razonamiento capaz de evitar caer en la arbitrariedad fáctica que la jurisprudencia argentina ha denunciado reiteradamente. Sin embargo, su fuerza transformadora dependerá de la capacidad del sistema jurídico para replicar las pautas fijadas, cerrar las lagunas jurídicas que aún persisten y consolidar una cultura judicial que vea en la ponderación un ejercicio de justificación racional.

VI. Conclusión

El presente estudio ha reconstruido con detalle la premisa normativa, la plataforma fáctica y la consecuencia jurídica del pronunciamiento dictado por la Corte Suprema en el caso “C. G., A. c/ EN – DNM”. A lo largo del análisis se ha mostrado cómo la mayoría del Tribunal identificó la colisión entre la causal de expulsión prevista en el artículo 29 inciso c de la Ley 25.871 y el principio del interés superior del niño con jerarquía constitucional. Mediante la aplicación escalonada del test de razonabilidad y de la metodología de ponderación, la decisión concluyó que la expulsión resultaba irrazonable y desproporcionada frente al daño cierto que conllevaba para los hijos menores de la recurrente.

Desde una perspectiva dogmática, el fallo reafirma la supremacía del bloque de constitucionalidad federal en materia de derechos de la niñez y consolida el deber estatal de evaluar, caso por caso, las consecuencias familiares de toda medida migratoria. Tal doctrina judicial, coherente con anteriores precedentes pero dotada ahora de un desarrollo más robusto, fija un estándar que orientará la actuación administrativa y jurisdiccional futura: la potestad expulsiva no puede ejercerse sin un examen exhaustivo del riesgo de desamparo ni sin acreditar la inexistencia de alternativas menos lesivas.

Asimismo, la sentencia deja planteada la necesidad de reformas legislativas que incorporen parámetros objetivos para la concesión de dispensas humanitarias y refuercen los mecanismos de participación de los niños en los procedimientos migratorios. El estudio destaca que el criterio adoptado por la Corte ofrece un valladar frente a eventuales prácticas dilatorias de la Administración y fortalece la eficacia preventiva de la tutela judicial efectiva.

En suma, la doctrina fijada por el Máximo Tribunal ilumina el equilibrio entre seguridad pública y protección familiar, y se proyecta como referencia obligada para la interpretación sistemática del régimen migratorio argentino. Con ello, el fallo contribuye al tránsito hacia un paradigma de derechos humanos que sitúa a la infancia –en toda circunstancia– en el centro de la ponderación jurídica y de las políticas estatales.

VII. Referencias

- Alchourrón, C. y Bulygin, E. (1988). *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Buenos Aires, AR: Astrea.
- Alchourrón, C. y Bulygin, E. (2012). *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Buenos Aires, AR: Astrea.
- Alexy R. (1993). *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid, ES: Fareso S.A.
- Asa, P. J., Asurey, V., Bacigalupo de Girard, M., Bendel, Y. S., Bertolé, C., Bianchi, D., Bigalli, C., Braguinsky, E., de Carlotto, E., Colombo, M., Corti, D. N. A., Corti, H. G., Duacastella Arbizu, L. E., Famá, M. V., Feierherd, M. J., Figueroa, M. S., de la Fuente, A. G., Garrote, N.,... Hernández, J. F. (2019). *Convención Sobre Los Derechos Del Niño Comentada*. Argentina: Ministerio Público Tutelar.
- Atienza, M. (2003). *Las Razones del Derecho. Teorías de la Argumentación Jurídica*. Ciudad de México: Universidad Autónoma de México.
- Bidart Campos G.J. (2004). *Compendio de Derecho Constitucional*. Buenos Aires, AR: Ediar.
- Bulygin, E. (1991). Sentencia judicial y creación del derecho. En C. Alchourron y E. Bulygin, *Análisis lógico y Derecho* (pp. 355-370). Madrid, ES: Centro de Estudios Constitucionales.
- Cassagne, J.C. (2020). El principio de razonabilidad y la interdicción de Arbitrariedad. *Thomson Reuters La Ley*, 1-20.
- Código Civil y Comercial de la Nación [C.C.C.N.]. Ley 26.994 de 2014. Octubre 7 de 2014. (Argentina).
- Constitución de la Nación Argentina [C.N.]. (1994). Enero 3 de 1995. (Argentina).
- Convención Americana sobre Derechos Humanos. Marzo 1 de 1984.
- Convención sobre los Derechos del Niño. Septiembre 27 de 1990.

- CSJN “A.M.B. Y Otro C/ En - M° Planificacion Dto 118/06 (St) S/Amparo Ley 16986”. Fallo: 333:777 (2010).
- CSJN “A., S. E. c/ Profe-Incluir Salud Unidad Ejecutora y otro - Estado Nacional s/ amparo ley 16.986”. (2019).
- CSJN “Barrios Rojas, Zoyla Cristina c/ EN – DNM resol. 561/11- (exp. 2091169/06 (805462/95)) y otro s/ recurso directo para juzgados”. Fallo: 343:990 (2020).
- CSJN “Berrutti, Rafael c/ Nación Argentina”. Fallo: 307:639 (1985).
- CSJN “C. G., A. c/ EN – DNM s/ recurso directo DNM”. Fallo: 345:905 (2022).
- CSJN “Consejo de Presidencia de la Delegación Bahía Blanca de la Asamblea Permanente por los Derechos Humanos s/ acción de amparo”. Fallo: 315:1361 (1992).
- CSJN “Ediciones de La Urraca S.A. c/ Nación Argentina. Editorial Perfil S.A.”. Fallo: 305:2228 (1983).
- CSJN “L. M. S/Abrigo”. Fallo: 344:2647 (2021).
- CSJN “Otoya Piedra, Cesar Augusto C/ en - Dnm S/Recurso Directo Dnm”. Fallo: 344:3600 (2021).
- CSJN “P B., E.G. C/ B., K.E. S/ Medidas Precautorias”. Fallo: 344:2669 (2021).
- CSJN “R., B. S. y otros s/incidente tutelar”. (2015).
- CSJN “V., M.N. c. S., W.F. s. Autorización”. Fallo: 333:1776 (2010).
- Declaración Universal de Derechos Humanos. Diciembre 10 de 1948.
- Dworkin, R. (2004). *Los derechos en serio*. Madrid: Ariel.
- Fernández S.E. (2021). *Tratado de Niños, Niñas y Adolescentes*. Buenos Aires, AR: Abeledo Perrot.
- Ley N°19.549 de 1972. *Ley Nacional y Reglamentación de Procedimientos Administrativos*. Abril 3 de 1972. B.O. No. 22411.
- Ley N° 25.871 de 2004. *Ley de Migraciones*. Enero 20 de 2004. B.O. No. 30322.
- Ley N°26.061 de 2005. *Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes*. Septiembre 28 de 2005. B.O. No. 30767.
- Ley N° 48 de 1863. *Jurisdicción y Competencia de los Tribunales Nacionales*. Agosto 25 de 1863).

- Observación General N.º 14 de 2013 [Comité sobre los Derechos del Niño]. Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial. 29 de mayo de 2013.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Diciembre 16 de 1966.
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Diciembre 16 de 1966.
- Papillú J.M. y Tanzi S.Y. (2021). *Vulnerabilidad y Derechos Humanos*. Buenos Aires, AR: Errepar.
- Rodríguez, J. (2017). *La justificación de decisiones judiciales en las democracias constitucionales*. Buenos Aires, AR: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. Recuperado de http://www.sajj.gob.ar/docs-f/ediciones/libros/razonamiento-decision-judicial_rodriguez.pdf.
- Solari, N. E. (2010). Un principio con jerarquía constitucional: El interés superior del niño. *Thomson Reuters La Ley*, 1-2.