

TRABAJO FINAL DE GRADO: NOTA A FALLO

**“NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES, COMO CATEGORIA DE
EXTREMA VULNERABILIDAD Y LA NECESIDAD IMPETRANTE DE
PROTEGER LA ESTABILIDAD FAMILIAR”**

Análisis del fallo “*C.G.,A. c/ EN-DNM s/recurso directo DNM*”. Corte Suprema de
Justicia de la Nación. Año 2022.

Alumno: Benjamín Urquiza Reyna - DNI N° 41.888.446

Legajo: VABG125781

Tutora: Natalia Lucrecia Cáceres

Fecha de entrega: 17.11.2024 – Entrega N°4

Carrera: Abogacía – Periodo 2024

Sumario: **I.** Introducción. – **II.** Descripción del problema jurídico del caso. – **III.** Reconstrucción de la premisa fáctica, historia procesal y descripción de la decisión del tribunal. – **IV.** Análisis de la Ratio Decidendi. – **V.** Descripción del análisis conceptual, antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales: a. El interés superior del niño. b. Derecho a ser oído. c. Autoridades administrativas. d. Estabilidad del menor. Mantenimiento del status quo. e. La familia como núcleo esencial de la sociedad. f. Protección y mantenimiento de las relaciones familiares. – **VI.** Postura del autor. – **VII.** Conclusión. **VIII.** Listado de referencias.

I. Introducción. Propósito e importancia del fallo. El Interés Superior del Niño y la Protección Integral de la Familia. Interdependencia entre ambos principios. Situaciones de conflicto legal.

El propósito fundamental de esta nota a fallo es concientizar al lector respecto de la importancia y trascendencia de principios como el interés superior del niño y la protección integral de la familia, los cuales, en razón de su gran potencialidad expansiva hacia todo el ordenamiento jurídico, constituyen sin lugar a dudas una pauta obligatoria de interpretación y de acción dirigida a quienes deban intervenir o tomar decisiones que involucren a personas menores de edad y atenten contra la estabilidad familiar de los mismos, en cualquier ámbito y temática.

Por su parte, es menester señalar que la relevancia de analizar la presente resolución radica en que, con la misma, nuestra Corte Suprema ha dejado asentado un criterio rector de suma relevancia institucional en casos en los que, como en el de marras, se halla en juego **el interés superior del niño y protección integral de la familia**, principios de raigambre constitucional e incluso reconocidos internacionalmente a través de números tratados de derechos humanos ratificados por nuestro país.

En cuanto a los principios aludidos precedentemente, de más está señalar que, además de jerarquía constitucional, tienen fuerte anclaje en el derecho internacional de los derechos humanos, debiendo prevalecer sobre la ley cuando, en un caso concreto, sus circunstancias conducirían a una solución “legal” intrínsecamente injusta.

En concreto, el interés superior del niño exige en cada situación particular, una ponderación especial de los derechos implicados, y entre ellos deberá optarse fundamentalmente por la solución que signifique la más amplia satisfacción posible de los derechos de las niñas, niños y adolescentes. Esto es, ni más ni menos que examinar las particularidades del caso contemplado con especial cuidado, y privilegiar determinados derechos de los niños frente a situaciones conflictivas en las que se deban restringir derechos individuales o intereses colectivos.

Por su parte, la familia, como elemento natural y fundamental de toda sociedad, encuentra consagración constitucional en el art. 14 bis. de nuestra Carta Magna, el cual sostiene que:

“...la ley establecerá (...) la protección integral de la familia; la defensa del bien de familia; la compensación económica familiar y el acceso a la vivienda digna...”.

Como podemos observar, si bien la manera en que la Constitución Nacional contempla la protección de la familia podría ser calificada de exigua, teniendo en cuenta el importante y trascendente rol de dicha institución en la sociedad y que dicha norma funciona como piso mínimo que no puede ser desconocido, no es menos cierto que el término “*protección integral de la familia*”, goza de gran amplitud, lo que permite que la norma brinde un amparo extenso, elevando a la familia a la jerarquía de sociedad primaria y núcleo fundamental.

De otro costado, no podemos dejar de mencionar que, durante la infancia y la adolescencia, la interdependencia de los principios aludidos es mucho mayor que en las demás etapas de la vida, lo que responde al altísimo grado de dependencia -tanto afectiva como material- de los NNA durante dichas etapas de pleno desarrollo, en las que resulta indispensable una red de contención familiar. Tal es así, que la Ley Provincial N° 9944, en su art. 9, se ha referido expresamente a la “responsabilidad familiar”, y en tal sentido, sostiene que:

“...la familia es responsable en forma prioritaria de asegurar a las niñas, niños y adolescentes el disfrute pleno y el ejercicio de sus derechos y garantías. Los progenitores tienen responsabilidades y obligaciones comunes e iguales en los que respecta al cuidado, desarrollo y educación integral de sus hijos. Los organismos del Estado deben asegurar políticas, programas y asistencia apropiados para que la familia

pueda asumir adecuadamente esta responsabilidad y para que los padres asumas, en igualdad de condiciones, sus responsabilidades y obligaciones...”.

En definitiva, es posible afirmar que, el interés del niño es tener una familia; lo que se traduce en la necesidad imperante de brindar una especial protección al núcleo familiar, como ámbito natural de cumplimiento de los derechos de las niñas, niños y adolescentes.

II. Descripción del problema jurídico del caso.

Como ya se verá oportunamente, en el caso de marras, las disposiciones de la autoridad administrativa que fueron cuestionadas por la parte actora se fundaron principalmente en el **art. 29 inc. c de la Ley N° 25.871**, el cual sostiene expresamente:

“...serán causas impeditivas del ingreso y permanencia de extranjeros al Territorio Nacional: (...) c) haber sido condenado o estar cumpliendo condena, en la Argentina o en el exterior, o tener antecedentes por tráfico de armas, de personas, de estupefacientes o por lavado de dinero o inversiones en actividades ilícitas o delito que merezca para la legislación argentina pena privativa de la libertad de tres años o más...”.

Ante ello, la parte actora cuestionó dichas disposiciones invocando la dispensa prevista en el último párrafo del artículo precedentemente señalado, el cual sostiene que:

“...la Dirección Nacional de Migraciones, previa intervención del Ministerio del Interior podrá admitir excepcionalmente, por razones humanitarias o de reunificación familiar, en el país en las categorías de residentes permanentes o temporarios, mediante resolución fundada en cada caso particular, a los extranjeros comprendidos en el presente artículo...”.

No obstante, los mecanismos recursivos deducidos por la parte actora durante el proceso se vieron rechazados, tanto por la autoridad administrativa, como así también en primera y segunda instancia, ello pese a los numerosos elementos probatorios incorporados a la causa que daban cuenta en forma fehaciente del alto grado de desamparo y vulnerabilidad en el que se encontrarían los hijos argentinos menores de edad de la migrante de efectivizarse la medida despuesta por la DNM.

En efecto, considero que estamos frente a un problema jurídico de tipo Axiológico, el cual radica en la omisión de ponderar principios de raigambre constitucional, como lo son el interés superior del niño y la protección de la familia, los

que evidentemente no fueron valorados por el a quo al ejercer el control de legalidad y razonabilidad de los actos cuestionados por la parte actora.

Recordemos que 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.

Asimismo, se ha omitido la valoración de números precedentes que tratan específicamente cuestiones relativas a la dispensa prevista en el último párrafo del art. 29 de la Ley Migratoria.

Al respecto, vale traer a colación lo señalado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente “Barrios Rojas” (Barrios Rojas, Zoyla Cristina c/ EN -DNM resol. 561/11- y otro s/ recurso directo para juzgados, Buenos Aires, 22/09/20), en donde se puso de resalto que si se demostraba el grado de desamparo en que quedarían los familiares del migrante, el rechazo de dicha dispensa podría ser considerado arbitrario o irrazonable al derecho a la protección de la vida familiar; como así también que en determinados supuestos en los que la reunificación familiar invocada incluyera prioritariamente a menores de edad, podría resultar aplicable de modo decisivo la noción del interés superior del niño.

En conclusión, si bien es una facultad discrecional de la DNM la concesión de la dispensa prevista en el art. 29 de la Ley Migratoria -ya que así lo señala la norma-, de ninguna manera el Poder Judicial puede desentenderse de manera absoluta de la cuestión, por el contrario, es menester que los órganos jurisdiccionales realicen un adecuado control de dichos actos discrecionales, más aún cuando se encuentran en juego principios y garantías que atañen a menores de edad y que son reconocidos internacionalmente por una multiplicidad de tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional.

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

Descripto el problema jurídico del caso, es menester realizar una breve reseña de los antecedentes del mismo, esto es, una reconstrucción cronológica y bien narrada sobre las cuestiones centrales del mismo, identificando claramente los aspectos más importantes que son de materia litigiosa y por supuesto, el momento procesal en que la sentencia se ha dictado.

En efecto, el 28 de abril del año 2016 la Dirección Nacional de Migraciones - DNM- dictó la disposición SDX 96005, por medio de la cual declaró irregular la permanencia en el país de A.C.G., de nacionalidad boliviana, ordenando así su expulsión del territorio nacional y la prohibición de su reingreso de manera permanente, ello en razón de que había sido condenada a 4 años y 3 meses de prisión por el delito de tráfico de estupefacientes.

Contra dicha resolución, la parte actora interpuso recurso administrativo de reconsideración invocando la dispensa prevista en el art. 29 in fine de la Ley N° 25.871, ello bajo el fundamento de tener hijos menores de edad, de nacionalidad argentina, bajo su exclusivo cargo.

No obstante, mediante disposición SDX 162263 del 23 de agosto de 2017, la autoridad migratoria rechazó el recurso administrativo interpuesto por la actora, remarcando, en prieta síntesis, que más allá de haber acreditado la migrante la tenencia de hijos argentinos menores de edad, la naturaleza del delito por el que había sido condenada obstaba la revisión de lo decidido, de manera que, los fundamentos en que se sustentaba la pretensión realizada no producían una modificación de los presupuestos sobre los que se han dictado las medidas impugnadas.

En este contexto, contra las disposiciones de la autoridad administrativa, la parte actora interpuso un recurso directo, el que fue rechazado por el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal N°3, decisión que luego fue confirmada por la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal.

Para así decidir, el a quo consideró que no era posible afirmar que la DNM hubiera incurrido en una interpretación parcial de la Ley N°25.871, ni tampoco tergiversado sus fines. Asimismo, descartó la posibilidad de aplicación del art. 62 de la ley aludida, basándose en la carencia de residencia permanente de la parte actora, e hizo alusión a que la concesión de la dispensa prevista en el art. 25 de la ley nacional de migraciones se trataba de una facultad discrecional de la autoridad administrativa.

Así las cosas, contra la resolución que antecede, la migrante recurrió ante la CSJN a través de un Recurso Extraordinario Federal, cuya denegación motivó la queja bajo examen.

Como fundamento de su queja, la parte actora alegó, en prieta síntesis, que la orden de expulsión dispuesta implicaría el desmembramiento de su familia y provocaría serios daños a todos sus integrantes, en especial a sus hijos de nacionalidad argentina

menores de edad. En este sentido, sostiene que en el caso se discute la limitación al derecho a la unidad familiar de personas menores de edad, la cual se efectivizaría de confirmarse la orden de expulsión de su progenitora con prohibición de reingreso con carácter permanente. Sostiene que los jueces de la causa, al resolver como lo hicieron, no tuvieron en cuenta el interés superior de los niños afectados y omitieron valorar si la medida dispuesta por la autoridad migratoria conllevaba, en el caso concreto, una injerencia abusiva o arbitraria en su vida familiar. En esa inteligencia, la recurrente aduce que la cámara debió considerar el derecho de los niños a ser oídos, así como sopesar sus intereses, dar debida intervención a los funcionarios designados en la estructura estatal para resguardarlos y, finalmente, orientar la decisión de la causa en función del referido principio del interés superior del niño y su especial protección.

No obstante, con fecha 16 de agosto del año 2022, la recurrente -sin desistir de la queja-, hizo una presentación acreditando que la DNM le había concedido la residencia permanente en el país por haber acreditado razones humanitarias o de reagrupación familiar (circunstancia que no repercutió en la solución final adoptada por la Corte, tal como se verá al analizar los argumentos de la decisión).

Finalmente, con fecha 06 de septiembre del año 2022, bajo los fundamentos que serán analizados en la consigna siguiente, nuestro más alto tribunal -por mayoría-, resolvió hacer lugar a la queja, declarar admisible el Recurso Extraordinario y revocar la sentencia apelada.

IV. Análisis de la Ratio Decidendi.

En primer lugar, es importante resaltar que, en el caso de marras, la cuestión a resolver por nuestra Excelentísima Corte giraba en torno a determinar si, efectivamente, la recurrente y sus hijos menores se encontraban inmersos en una situación de vulnerabilidad tal, que hiciera procedente la aplicación de la dispensa por razones de reunificación familiar prevista por el art. 29 in fine de la Ley N° 25.871, evitando de esta manera la expulsión de C.G.A. del territorio nacional y, por ende, dejando sin efecto la resolución emanada de la Dirección Nacional de Migraciones.

Dicho esto, cabe señalar que la Corte se pronunció a través del voto conjunto de los jueces Horacio Daniel Rosatti, Juan Carlos Maqueda y Ricardo Luis Lorenzetti, y la disidencia propia del Dr. Carlos Fernando Rosenkrantz.

En efecto, la Corte por mayoría, entendió que el recurso extraordinario resulta admisible por cuanto se halla controvertida la inteligencia de normas de carácter federal, como así también la validez de actos emanados de autoridad nacional, y la decisión definitiva del superior tribunal de la causa ha sido contraria al derecho que la recurrente fundó en ellas (artículo 14, inciso 3°, de la ley 48).

Ahora bien, en primer lugar, se analizarán los argumentos jurídicos centrales brindados por los Dres. Rosatti, Maqueda y Lorenzetti, para finalmente, tratar los argumentos vertidos por el Dr. Rosenkrantz.

En el caso de marras, el alto tribunal se remitió al precedente “Barrios Rojas” (Fallos: 343:990), en el cual destacó, que la concesión de la dispensa para permanecer en el país resulta discrecional para la Administración y configura una excepción a la regla, que, como tal, debe ser interpretada con un criterio restrictivo. Asimismo, se refirió también al precedente “Otoya Piedra”, (Fallos: 344:3600), en el que precisó, como regla, que la negativa a conceder la referida dispensa por parte de la Administración sobre la base de la entidad y gravedad del delito cometido por el migrante se halla dentro del ámbito de valoración que la ley atribuye a la autoridad de aplicación y encuentra suficiente motivación en la mención de aquella circunstancia.

A su vez, sostuvo que, a diferencia de lo acontecido en los citados precedentes “Barrios Rojas” y “Otoya Piedra”, y en otros casos resueltos por esta Corte, en la presente causa las razones de reunificación familiar invocadas por la recurrente atañen a personas menores de edad, y los agravios por ella esgrimidos se centran, fundamentalmente, en el hecho de que el a quo, al revisar la decisión administrativa de rechazar la dispensa oportunamente requerida, no valoró la concreta situación de vulnerabilidad en la que se encuentran la migrante y sus hijos –que la recurrente describe como extremadamente grave-, ni el peligro de desamparo que se cierne sobre estos últimos, omitiendo toda consideración acerca del interés superior del niño y su preferente tutela constitucional.

Por su parte, destacó que la Constitución Nacional impone un mandato explícito orientado a la protección integral de la familia (artículo 14 bis). En consonancia con ello, disposiciones internacionales con jerarquía constitucional definen a la familia como elemento natural y fundamental de la sociedad y ponen en cabeza del Estado el deber de otorgarle la más amplia protección y asistencia posibles, a la par que reconocen el derecho de toda persona a no ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida familiar (artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional, artículos 11.2 y 17.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 10 del Pacto Internacional de

Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 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). Asimismo, la Ley Fundamental encomienda una especial y efectiva tutela de los derechos del niño (artículo 75, inciso 23) así como la Convención Americana sobre Derechos Humanos reconoce el derecho de todo niño “a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado” (artículo 19).

Continuando con la legislación que hace a los fundamentos de su decisión, señaló que el principio del interés superior del niño encuentra consagración constitucional en el artículo 3° de Convención sobre los Derechos del Niño e infra constitucional en el artículo 3° de la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes y en el artículo 706, inciso c, del Código Civil y Comercial de la Nación.

En este contexto, haciendo alusión a los autos “*P. B., E. G. c/ B., K. E. s/ medidas precautorias*” (Fallos: 344:2669), la Corte sostuvo que la consideración del interés superior del niño debe orientar y condicionar toda decisión de los tribunales llamados al juzgamiento de los casos que involucran a los niños y niñas en todas las instancias, incluida la Corte Suprema, a la cual, como órgano supremo de uno de los poderes del Gobierno Federal, le corresponde aplicar -en la medida de su jurisdicción- los tratados internacionales a los que nuestro país está vinculado, con la preeminencia que el artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional les otorga.

En suma, la configuración de ese “interés superior” exige examinar las particularidades del asunto y privilegiar, frente a las alternativas posibles de solución, aquella que contemple –en su máxima extensión– la situación real de los infantes (Fallos: 344:2647; 344:2901).

Que, en esa tarea, del examen de las constancias de autos se desprende que la actora y sus hijos menores de edad se encuentran en una situación de extrema vulnerabilidad y la medida de expulsión ordenada importa para estos últimos un riesgo cierto de desamparo.

En síntesis, el tribunal consideró que la migrante invocó y acreditó de manera fehaciente el altísimo grado de dependencia de sus hijos menores de edad para su subsistencia y desarrollo tanto en el plano psicológico y emocional, como económico. En ese mismo orden, la Corte entendió que ha sido suficientemente demostrado en autos que debido a las graves dificultades apuntadas, la situación del grupo familiar reviste un significativo grado de vulnerabilidad y que, en definitiva, el cumplimiento de la orden de

expulsión de la actora del territorio nacional, con prohibición de reingreso permanente, representa un riesgo cierto y concreto de que sus hijos menores de edad queden en situación de desamparo. Que de las constancias obrantes en el expediente surge en forma manifiesta que dicho peligro de desamparo no es hipotético ni meramente conjetural, sino la previsible consecuencia derivada de la separación física de la migrante y sus hijos menores de edad, puesto que ella –único progenitor con quien tres de los niños mantienen vínculo– es su cuidadora primaria y proveedora de lo necesario para su subsistencia y desarrollo.

Que en razón de lo señalado presentemente, la alternativa de que los hijos abandonen el territorio nacional junto a su madre también les resultaría especialmente gravosa, por cuanto en su actual centro de vida reciben una contención y asistencia que se revela fundamental para su desarrollo integral, ya que no solo gozan de una vivienda digna y se encuentran regularmente escolarizados en el sistema de educación pública de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sino que además participan en el mencionado programa de apoyo y ayuda en materia educativa de “Puentes Escolares” y, por intermedio de su madre, ven cubiertas sus necesidades alimentarias a través del comedor comunitario de la Cooperativa de Trabajo Darío Santillán, ubicado en Francisco Solano.

En suma, se encuentra probado en forma fehaciente a criterio de la Corte que, debido a la compleja situación en la que se encuentran, existe un riesgo manifiesto, real y concreto, de que las dos niñas y los dos niños involucrados queden en situación de desamparo, circunstancia que resulta determinante para la solución del caso.

De otro costado, la Corte afirmó que, al ejercer el control de legalidad y razonabilidad de los actos cuestionados en esta causa, el a quo omitió ponderar la oportunamente invocada afectación del principio del interés superior del niño, conforme a lo debidamente alegado y demostrado en el expediente.

Esto es así, puesto que, la noción de ese “interés superior” imponía examinar las particularidades del caso contemplando, con especial cuidado y en su máxima extensión, la situación real de las niñas y los niños involucrados, atendiendo a aquella solución que, dentro de las alternativas posibles, les resulte, en cuanto sujetos de preferente protección constitucional, de mayor beneficio.

Que lo expuesto resulta suficiente para revocar la sentencia que confirmó la medida de expulsión dispuesta por la Dirección Nacional de Migraciones, con prohibición de reingreso permanente en el territorio nacional, toda vez que el a quo desatendió por completo la consideración y aplicación del principio cardinal del interés superior del niño,

pese a que los elementos incorporados a la causa demostraban en forma fehaciente la existencia de un riesgo cierto y real de que, al hacerse efectiva dicha orden administrativa, los hijos menores de edad de la migrante quedaran en situación de desamparo.

Finalmente, la Corte señaló que no obstaba a lo resuelto el hecho de que la DNM le hubiera posteriormente concedido a la actora la residencia permanente en el país, toda vez que se trataba de una situación que podría repetirse en el futuro. En otras palabras, señaló que no se trata de ponderar una situación temporaria y circunstancial sino de dejar sentado un criterio rector de relevancia institucional en casos en los que, como el presente, se halla en juego la protección integral de la familia y el interés superior del niño en materia migratoria.

Por su parte, en disidencia propia, el Dr. Rosenkrantz consideró que no correspondía emitir pronunciamiento cuando a la luz de circunstancias suscitadas luego de la radicación de la causa se ha tornado inoficioso decidir la cuestión materia de agravios (Fallos: 305:2228; 317:711; 329:4096). Ello en atención a que, con posterioridad a la interposición del recurso de queja, la actora hizo una presentación acreditando que la Dirección Nacional de Migraciones le había concedido la residencia permanente en el país.

V. Descripción del análisis conceptual, antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales

Los siguientes antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales estarán referidos específicamente a aquellos principios e institutos jurídicos ya referidos a lo largo de la presente pieza, que si bien, no han sido considerados por los tribunales inferiores, sirvieron al máximo tribunal para fundamentar su decisión y resolver la materia litigiosa de la sentencia que se analiza. Los mismos serán analizados a través de un marco teórico acorde a la problemática en cuestión.

a. El interés superior del niño.

Como premisa básica, se debe poner de relieve que, al “interés superior” se lo debe entender como un principio general del derecho y no solo un principio del derecho de familia, en tanto en muchos casos es aplicable a niños, niñas y adolescentes no solo en el ámbito interno de la familia, sino también por fuera de ella e incluso a los niños que no

cuentan con una familia (Graciela Tagle de Ferreyra, “*El Interés Superior del Niño - Visión Jurisprudencial*”. Ed. Nuevo Enfoque Jurídico. Año 2009).

Dicho esto, es importante señalar que, de acuerdo a los lineamientos de la CSJN, este principio general del derecho, consagrado en el art. 3, inc. 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, y en numerosos tratados internacionales, configura una pauta de decisión ante un conflicto de intereses y un criterio para la intervención institucional destinada a proteger al menor, en tanto 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 (*Corte Suprema de Justicia de la Nación, 02/08/2005, S.C.; LL, 22/3/2006, p.6*).

En efecto, el niño tiene derecho a una protección especial cuya tutela debe prevalecer como factor primordial en toda relación judicial, de modo que, ante cualquier conflicto de intereses de igual rango, el interés moral y material de los menores debe tener prioridad sobre cualquier otra circunstancia que pueda presentarse en cada caso concreto (*Del voto de los Dres. Highton de Nolasco y Lorenzetti, CSJN, 02/08/2005, S., C. s/Adopción*).

Por su parte, autores como Ciñero Bruñol, señalan que “...*el interés superior del niño no debe comprenderse como una mera inspiración de las decisiones judiciales, sino que, por el contrario, su acatamiento implica una limitación a sus resoluciones, una obligación y una prescripción imperativa, entornándose en definitiva como un límite a la discrecionalidad de las autoridades...*”. Es que en definitiva, la consideración primordial del interés superior del niño, que la Convención sobre los Derechos del Niño impone a toda autoridad nacional en los asuntos concernientes a menores, orienta y condiciona toda decisión de los tribunales de todas las instancias llamados al juzgamiento de los casos, incluyendo a la Corte Suprema, a la cual, como órgano supremo, le corresponde aplicar - en la medida de su jurisdicción-, los tratados internacionales a los que nuestro país está vinculado con la preeminencia que la Constitución les otorga.

En ese orden de cuestiones, entiende la CSJN que ese interés superior “*no puede ser aprehendido ni entenderse satisfecho sino en la medida de las circunstancias particulares de cada caso. La configuración de ese interés superior exige examinar las particularidades del asunto y privilegiar, frente a las alternativas posibles de solución,*

aquella que contemple -en su máxima extensión- la situación real de los infantes” (Fallos 344:2647 – 344:2901).

En idéntica senda argumental, nuestro máximo tribunal ha reiterado que “*toda institución estatal ha de aplicar el principio del interés superior del niño, estudiando sistemáticamente cómo los derechos y los intereses del niño se ven afectados o se verán afectados por las disposiciones y las medidas que adopten*”.

En definitiva, se trata de proveer a una solución específica que abarque todas las circunstancias familiares, fácticas, históricas, culturales, sociales, políticas, axiológicas y económicas que convergen en la vida del NNA (Gil, Domínguez, Andrés; Famá, María Victoria – *Ley de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes. Derecho constitucional de familia, Ediar, Buenos Aires, 2007, p. 84 y ss*).

b. Derecho a ser oído.

El derecho del menor a ser oído y que su opinión sea tenida en cuenta constituye una garantía sustancial que fluye de su consideración como sujeto y no mero objeto de derecho, cuyo parecer debe ser escuchado por los órganos que llevan adelante un proceso que eventualmente puede tener incidencia en su vida (Graciela Tagle de Ferreyra, “*El Interés Superior del Niño -Visión Jurisprudencial*”. Ed. Nuevo Enfoque Jurídico. Año 2009, pág. 164).

En otras palabras, se trata de una garantía que se deriva de los principios más elementales relacionados al respeto del NNA como sujeto de derecho. Si se está desplegando un proceso judicial que va a tener impacto en su vida, resulta de fundamental importancia que él tenga la posibilidad de ser escuchado por el órgano judicial que va a resolver, y que se tenga en cuenta su opinión valorando para ello su grado de madurez y desarrollo previo al dictado de una resolución que lo afecte (Solavagione, Josefina, “*Derecho Procesal Penal Juvenil*”, Cap. 4, Ed. Advocatus, Córdoba, 2020).

En esta senda argumental, cabe citar la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de fecha 07-10.2021 en la causa “*P.B., E.G. c/B., K.E. s/Medidas precautorias*”, en donde el máximo tribunal adhirió al recurso extraordinario interpuesto por el progenitor alegando violación a las normas constitucionales y a la ley 26.061 en cuanto al derecho de niños y niñas a expresar libremente su opinión, y que ésta sea tenida en cuenta a la hora de resolver cuestiones que los involucre. En los autos de mención, con

base en la férrea negativa expresada por los tres hermanos en torno a la revinculación materna, el máximo tribunal, con basamento en la ley 26.061 y el CCyC, sostuvo que:

“...el principio rector del interés superior del niño es el que prevalece sobre los restantes principios o intereses involucrados. Que en la apreciación de las diferentes variables que contribuyen a conformar el concepto de interés superior del niño, la opinión del niño niña y adolescente constituye un parámetro que en determinados asuntos adquiere y exige una imperiosa ponderación atendiendo a la edad y madurez de quien la emite...”.

c. Autoridades administrativas.

El comité de los derechos del niño pone de relieve que el alcance de las decisiones tomadas por las autoridades administrativas a todos los niveles es muy amplio y abarca, entre otras, las decisiones relativas a la educación, el cuidado, la salud, el medio ambiente, las condiciones de vida, la protección, el asilo, la inmigración y el acceso a la nacionalidad. Las decisiones particulares adoptadas por las autoridades administrativas en esas esferas deben ser evaluadas en función del interés superior del niño y han de estar guiadas por él, al igual que todas las medidas de aplicación (*Comité de los derechos del niño, Observación General N°14 del año 2013 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial*).

d. Estabilidad del menor. Mantenimiento del status quo.

En todas las situaciones que tienen como protagonistas a los menores, o bien, de las que puede resultar un perjuicio contra los derechos de estos, es necesario buscar, además del interés del niño, una solución que implique una cierta estabilidad -aunque no inmutabilidad- que posibilite su buen desarrollo emocional. Dicha estabilidad debe encuadrarse en una realidad que va más allá de lo afectivo y que requiere condiciones externas que la resguarden, afirmen y aseguren.

Es status quo es una de las circunstancias más importantes a sopesar en estas cuestiones, ya que se parte de la base de que debe evitarse todo cambio si no existen graves perjuicios o poderosas razones que lo justifiquen, pues, en lo posible, se debe tratar de no alterar las condiciones de hecho en las que vive el menor. En otras palabras, debe evitarse cualquier cambio en el régimen de vida en procura de la estabilidad necesaria para la formación equilibrada de la personalidad, salvo razones graves que lo motiven

(Cámara en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, Sala II, Expte. N°129944, 09/06/2005).

e. La familia como núcleo esencial de la sociedad.

Desde su Preámbulo, la Convención sobre los Derechos del Niño reconoce a la familia como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, comprometiendo luego a todos los estados parte a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, de conformidad con la ley, sin injerencias ilícitas, incluyendo particularmente en ese concepto el respeto por las relaciones familiares (*Cámara Nacional de Casación Penal de Buenos Aires, Sala IV, A., A. T. s/ Recurso de casación*).

En efecto, no se debe perder de vista que el niño tiene derecho a vivir, ser criado y desarrollarse en su familia de origen, como derecho humano fundamental expresamente consagrado en el sistema normativo internacional, nacional y provincial, mediante el cual se reconoce a la familia como núcleo central de protección de la infancia y la adolescencia, además de reconocer el derecho que los niños tienen de vivir con su familia. Lo que se materializa en el derecho que tiene todo niño a crecer, desarrollarse y ser cuidado en un entorno familiar favorable, propicio y seguro, integrado por un grupo de personas que se encuentren en condiciones afectivas, emocionales y materiales de brindar todo lo necesario para el desarrollo saludable de su personalidad.

De hecho, tan importante se juzga la familia que, cuando ésta se vuelve adversa a su interés superior por alguna razón, tiene derecho a su colocación en un grupo familiar alternativo, que conserve su identidad y resguarde su centro de vida (*José H. González Del Solar- Protección Integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes – 2da Ed. – Córdoba: Jurídica Mediterránea, 2020*).

En definitiva, la protección de la familia se extiende a la protección de las relaciones familiares y la promoción del bienestar emocional y psicológico de cada miembro de la familia. Esto incluye garantizar el derecho de los niños, niñas y adolescentes a tener una familia y a no ser separados de ella, salvo en casos de protección especial.

f. Protección y mantenimiento de las relaciones familiares.

Prevenir la separación familiar y preservar la unidad familiar son elementos importantes del régimen de protección del niño, y se basan en el derecho recogido en el art. 9, párrafo 1, que exige “que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos, excepto cuando (...) tal separación sea necesaria en el interés superior del niño. Dada la gravedad de los efectos en el niño de que lo separen de sus padres, dicha medida solo debería aplicarse como último recurso (*Comité de los derechos del niño, Observación General N°14 del año 2013 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial*).

Cuando los padres u otros tutores hayan cometido un delito, se deben ofrecer y aplicar caso por caso las alternativas a la privación de la libertad, teniendo plenamente en cuenta los posibles efectos que puedan tener las distintas condenas en el interés superior del niño o los niños afectados (*Comité de los derechos del niño, Observación General N°14 del año 2013 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial*).

VI. Postura del autor.

Previo a ingresar en el análisis de la postura del autor, es preciso recordar, que el problema jurídico motivador de la presente pieza radica en la omisión por parte de la autoridad administrativa y de los tribunales inferiores, de ponderar las razones humanitarias o de reunificación familiar previstas en el último párrafo del artículo 29 inc. c de la Ley N° 25.871 a los fines de admitir excepcionalmente en el país en las categorías de residentes permanentes o temporarios a los extranjeros que hubieren sido condenados -como es el caso de la actora de autos-, o se encuentren cumpliendo condena, ya sea en Argentina o en el extranjero, desatendiendo por completo la consideración y aplicación de principios cardinales como lo son la protección integral de la familia y el interés superior del niño, aún pese a los numerosos elementos probatorios incorporados en autos que demostraban fehacientemente la existencia de un riesgo real y concreto de que los hijos de la migrante queden en situación de desamparo.

De esta manera, remitiéndose a lo ya reiterado en numerosos fallos por nuestro más alto tribunal, el autor concuerda con la idea de que una adecuada protección del interés superior de niño exige examinar las particularidades del asunto, y privilegiar, frente a las alternativas posibles de solución, aquella que contemple la situación real de

los infantes, lo que en el caso de marras no se había evidenciado hasta el pronunciamiento de la Corte.

Dicho en otras palabras, el Interés Superior del Niño normado en el art. 3 de la Convención de los Derechos del Niño y receptado por las leyes 26.061 y 9944 debe ser analizado frente al caso concreto y de acuerdo a las particularidades que lo revisten. Es por tanto una pauta que debe presidir a cualquier toma de decisión que involucre a un niño, niña o adolescente, y obliga en todos los ámbitos, incluido el administrativo, a evaluar cual posibilidad legal responde mejor a ese interés superior.

En efecto, es clara la postura del autor en cuanto considera que la orden de expulsión de A.C.G., y la negativa a concederle la dispensa por razones humanitarias o de reunificación familiar implica un total y absoluto desconocimiento del papel protagónico que ocupa la familia en la protección de los niños, niñas y adolescentes y por ende, el desconocimiento de uno de los principios jurídicos que debe necesariamente orientar y condicionar las decisiones de los tribunales de todas las instancias llamados al juzgamiento de casos, esto es, el interés superior del niño, entendido como la máxima satisfacción, integral y simultanea de los derechos y garantías que comportan su condición de sujetos de derechos.

Por otro lado, es menester recordar el hecho de que la autoridad administrativa haya desistido su conducta -considerada ilegal por la recurrente-, previo al pronunciamiento del máximo tribunal, otorgándole la residencia temporal a la migrante, y respecto a ello, preguntarnos, ¿este suceso, tornaría abstracta la cuestión? ¿priva al tribunal de analizar y resolver la causa?

Mayoritariamente, la Corte entendió que de ninguna manera el suceso precedente privaría al tribunal de emitir pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión, disintiendo al respecto el Dr. Carlos Fernando Rosenkrantz, quien sostuvo que la cuestión materia de agravios se habría tornado inoficiosa, por lo que no correspondía pronunciamiento alguno.

En cuanto a las cuestiones señaladas, el autor, en contraposición a lo manifestado en disidencia por el Dr. Rosenkrantz, sostiene que, en aquellos procesos referentes a sujetos que por su condición requieren de una protección especial, como es el caso de los infantes, en los que además se encuentre controvertida la inteligencia de normas de carácter federal, resulta absolutamente indispensable la necesidad de un pronunciamiento

por parte del órgano jurisdiccional que dirima la cuestión y asiente un criterio que sirva de precedente para casos posteriores de similares características.

En definitiva, es posible afirmar que el autor concuerda en un todo con los fundamentos vertidos mayoritariamente por el máximo tribunal.

VII. Conclusión.

El interés superior del niño y la protección integral de la familia, constituyen principios jurídicos de raigambre constitucional excesivamente citados en las resoluciones judiciales, pero que, pese a ello, en muchas ocasiones carecen de una valoración/protección adecuada por parte de los operadores del derecho.

En razón de lo expuesto ut supra, el autor, a lo largo de la presente pieza, ha brindado las herramientas necesarias para que el lector comprenda verdaderamente y de manera acabada, el sentido y alcance de los principios aludidos, lo que le permitirá tomar dimensión de la magnitud de los perjuicios, vale decir, en muchos casos irreparables, que puede generar la omisión de que tales principios sean valorados.

A los fines de explicitar dichas cuestiones, qué mejor que el análisis de un precedente como el traído a consideración, en el que, pese haber sido suficientemente demostrado el significativo grado de vulnerabilidad en el que se encontraba la recurrente y sus hijos menores, los jueces de cámara omiten considerar las circunstancias particulares que surgen de las constancias de la causa y que daban cuenta del altísimo grado de dependencia que tanto en el campo afectivo como material tenían los niños involucrados respecto de su madre, desatendiendo por completo la consideración y aplicación de principios cardinales como lo son la protección integral de la familia y el interés superior del niño, los que bien fueron valorados finalmente por nuestro mas alto tribunal.

Es que, en definitiva, el derecho a la protección integral de la familia va más allá de un mero deber de respaldo por parte de las autoridades estatales, consistente en garantizar condiciones de seguridad y bienestar, ya que dicha tutela se extiende a la protección de las relaciones familiares y la promoción del bienestar emocional y psicológico de cada miembro de la familia; esto incluye garantizar el derecho de las niñas y niños a tener una familia y a no ser separados de ella.

VIII. Listado de referencias.

- Gil, Domínguez, Andrés; Famá, María Victoria – *Ley de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes. Derecho constitucional de familia, Ediar, Buenos Aires, 2007, p. 84 y ss.*

- Graciela Tagle de Ferreyra, “*El Interés Superior del Niño -Visión Jurisprudencial*”. Ed. Nuevo Enfoque Jurídico. Año 2009.

- Hairabedián, Maximiliano, “*Derecho Procesal Penal Juvenil*”, Ed. Advocatus, Córdoba, 2020.

- José H. González Del Solar- *Protección Integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes – 2da Ed. – Córdoba: Jurídica Mediterránea, 2020).*

- Secretaría de Jurisprudencia, “*La vulnerabilidad en los precedentes de la Corte Suprema*”. 2024.

- Solavagione, Josefina, “*Derecho Procesal Penal Juvenil*”, Cap. 4, Ed. Advocatus, Córdoba, 2020.

- Constitución Nacional Argentina (Const.), Art. 14 bis., 15 de diciembre de 1994 (Argentina).

- Convención sobre los Derechos del Niño (CDN). Art. 3, 20 de noviembre de 1989 (New York).

- Comité de los derechos del niño, Observación General N°14 del año 2013 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial.

- Ley N° 9944 de 2011. Promoción y Protección Integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes. 3 de junio de 2011. (Córdoba).

- Ley N° 26.061 de 2005. Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. 21 de octubre de 2005.