



Seminario Final de Abogacía

El interés superior del niño en materia migratoria:

Un análisis del caso C.S.J.N. (6 de septiembre de 2022) “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa C. G., A. c/ EN – DNM s/ recurso directo DNM”

Estudiante: Moreno, Mariano Daniel

Legajo: VABG25901

DNI: 29.785.884

Tutor: Prof. Ferrer Guillamondegui, Ramón Agustín

Año: 2024

Tema seleccionado: Grupos vulnerables y en contexto de vulnerabilidad.

Fallo seleccionado: C.S.J.N. (6 de septiembre de 2022) “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa C. G., A. c/ EN – DNM s/ recurso directo DNM”.

Sumario: I. Introducción. II. Reconstrucción de la premisa fáctica, historia procesal y descripción de la decisión del Tribunal. III. Análisis de la *ratio decidendi*. IV. Análisis conceptual: antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales. IV. I. La Ley N° 25.871. IV. II. La vulnerabilidad y el principio del interés superior del niño. V. Postura del autor. VI. Conclusión. VII. Referencias.

I. Introducción

Las 100 Reglas de Brasilia sobre el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, no contiene una enumeración taxativa de personas o grupos vulnerables, sino que ha optado por recoger un concepto general acompañado de una lista no exhaustiva de causas que pueden determinar la vulnerabilidad. Así, en la regla N° 5, se ha reconocido a la “edad” como una condición de vulnerabilidad, categoría que comprende a niños, niñas y adolescentes. El término “condición”, se utiliza para aludir al estado o situación especial en que se halla una persona que se encuentra en una situación (circunstancias que afectan a alguien en un determinado momento) o estado (factores que le afecten de forma más continuada) de vulnerabilidad (Delgado Martín, 2019).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, ha ratificado en innumerables precedentes la importancia de atender especialmente la condición de los sujetos que intervienen en los procesos judiciales, previo a resolver los conflictos traídos para su solución. Así lo entendió también en la causa “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa C. G., A. c/ EN – DNM s/ recurso directo DNM” en el año 2022.

Tal como se analizará más adelante, la Corte resuelve un conflicto de tipo axiológico. Es decir, una colisión entre una norma y un principio superior del sistema normativo, de manera que deberá decidir cuál de ellas posee mayor “peso” en el caso concreto (Alexy, 2010). En el presente, el conflicto se suscita entre el art. 29 inciso c. de la ley 25.871 y el principio del interés superior del niño.

El problema nace con la disposición de la Dirección Nacional de Migraciones dictada con fundamento en el artículo en cuestión de la Ley de Migraciones, que declara irregular la permanencia en el país de C.G.,A. de nacionalidad boliviana, ordenando su

expulsión del territorio argentino y prohibiendo su reingreso con carácter permanente, en tanto la migrante había sido condenada a la pena de cuatro años y tres meses de prisión de cumplimiento efectivo por el delito de tráfico de estupefacientes en su modalidad de transporte. Dictada la resolución que ordena la expulsión, C.G.,A. solicita la reconsideración de la decisión de expulsarla del país, en razón de que tiene hijos argentinos menores de edad que dependen exclusivamente de ella, por lo que solicita se le conceda la dispensa prevista en el art. 29 última parte de la ley 25.871, conforme los principios superiores en juego.

Es indudable que la sentencia analizada es jurídicamente relevante en tanto constituye un antecedente que demuestra con claridad las consecuencias de la operatividad que nuestro derecho reconoce a los instrumentos internacionales sobre derechos humanos. De hecho, es en definitiva la aplicación directa del interés superior del niño (consagrado en el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño) lo que abre le la puerta a la Corte para resolver el problema jurídico contemplando la real situación de los menores indirectamente involucrados, logrando así proteger sus derechos esenciales, que podrían haberse visto seriamente afectados por la decisión de la DNM de expulsar a su madre.

Al mismo tiempo, el mismo principio jurídico superior sirve al Tribunal para considerar los límites de la facultad discrecional que la norma pone en cabeza de la administración, al establecer que la legitimidad de sus decisiones está subordinada a la razonabilidad de las mismas analizada sobre el caso concreto, y no en abstracto.

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

Con fecha 28 de abril de 2016, la Dirección Nacional de Migraciones declaró irregular la permanencia en el país de A.C.G., de nacionalidad boliviana, ordenando su expulsión del territorio de la República Argentina y prohibiendo su reingreso con carácter permanente. Ello, con fundamento en el artículo 29, inciso c, de la ley 25.871, en razón de que la migrante había sido condenada a la pena de cuatro años y tres meses de prisión de cumplimiento efectivo por el delito de tráfico de estupefacientes en su modalidad de transporte. Luego, mediante la disposición SDX 162263, del 23 de agosto de 2017, la autoridad migratoria rechazó el recurso administrativo deducido contra la orden de expulsión, remarcado principalmente en que, más allá de que la migrante había acreditado

tener hijos argentinos menores de edad, la naturaleza del delito por el que había sido condenada obstaba a la revisión de lo decidido.

Llegados los autos a la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, el Tribunal confirmó la sentencia de primera instancia que había rechazado el recurso directo deducido contra las referidas disposiciones de la Dirección Nacional de Migraciones. Para decidir de esa manera, el *a quo* consideró que en atención a la índole del delito por el que la migrante había sido condenada, no era posible afirmar que la Dirección Nacional de Migraciones hubiera incurrido en una interpretación parcial de las disposiciones de la ley 25.871, ni tergiversado sus fines. En cuanto a la dispensa por razones de reunificación familiar contemplado en el mismo cuerpo normativo, señaló que se trataba de una facultad discrecional otorgada por ley a la Dirección Nacional de Migraciones, y que no consideraba tal cláusula aplicable al caso concreto.

Contra aquella resolución, la actora dedujo recurso extraordinario federal que, al ser denegado, motivó un recurso de queja ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación. La migrante se agravia con la decisión de la Cámara afirmando que se había acreditado en autos la situación de extrema vulnerabilidad en que se encontraban ella y su grupo familiar. Sostiene que el *a quo*, al omitir considerar la dispensa prevista en el artículo 29 in fine de la ley 25.871, efectuó una interpretación restrictiva del texto legal que importa -según expresa- una clara violación del principio de razonabilidad y del interés superior del niño.

Finalmente, por mayoría, la Corte Suprema de Justicia de la Nación decide hacer lugar a la queja, declarar procedente el recurso extraordinario y dejar sin efecto la sentencia recurrida, con los votos de los Drs. Rosatti, Maqueda y Lorenzetti. Por su parte, el Dr. Rosenkrantz vota en disidencia entendiendo que el caso se había tornado abstracto, toda vez que la recurrente -con posterioridad a la interposición del recurso de queja- hizo una presentación acreditando que Migraciones le había concedido la residencia permanente en el país, con fundamento en que “acompañó constancias que permiten tener por acreditadas las razones humanitarias o de reagrupación familiar”.

III. Análisis de la *ratio decidendi*

Tal como se adelantó en el apartado de la Introducción, la Corte resuelve una aparente colisión entre el artículo 29, inciso c, de la ley 25.871 y el interés superior del niño. Si bien uno de los ministros consideró que la decisión de Migraciones de concederle

a la actora una residencia permanente implicó una sustitución del objeto de los actos administrativos cuestionados -de manera que el caso devenía en abstracto-, el Máximo Tribunal entendió relevante ingresar al tratamiento de la cuestión debatida, por los principios en juego.

En esa inteligencia, consideró que la potestad con que cuenta la autoridad de aplicación de la ley de migraciones fue ejercitada de manera arbitraria en el caso concreto, por cuanto obvió atender a las circunstancias particulares del caso que aconsejaban la concesión de la dispensa que la norma contempla. Ello así, en tanto se había acreditado que la situación de vulnerabilidad de los hijos de la migrante se vería profundamente agravada con la expulsión de la madre, dejando a los niños en situación de desamparo que pondría en serio riesgo el goce pleno y efectivo de sus derechos fundamentales.

Recordó que la Constitución Nacional impone un mandato explícito orientado a la protección integral de la familia (artículo 14 bis), en armonía con las disposiciones internacionales que definen a la familia como elemento natural y fundamental de la sociedad. Estos instrumentos ponen en cabeza del Estado el deber de otorgarle la más amplia protección y asistencia posibles a las familias, a la par que reconocen el derecho de toda persona a no ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida familiar (conf. 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).

Entiende entonces, que la norma aplicable debe necesariamente ser interpretada a la luz del interés superior del niño consagrado en la Convención sobre los Derechos del Niño que en nuestro sistema jurídico goza de jerarquía constitucional como consecuencia de su inclusión en el art. 75 inciso 22 de la Constitución Nacional. Este principio, sostiene el Tribunal, debe orientar y condicionar toda decisión de los tribunales llamados al juzgamiento de los casos que involucren a los niños y niñas en todas las instancias, debiendo prevalecer.

IV. Análisis conceptual: antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales

IV. I. La Ley N° 25.871

La ley de Migraciones, sancionada en el año 2003, regula el ingreso, permanencia y egreso de personas de la República Argentina (art. 1). Asimismo, el legislador traza como objetivo de la política migratoria el “promover el orden internacional y la justicia, denegando el ingreso y/o la permanencia en el territorio argentino a personas involucradas en actos reprimidos penalmente por nuestra legislación” (art. 3º, inc. j).

Sobre la base de esos preceptos, el art. 29 dispone las causales impeditivas del ingreso y permanencia de extranjeros al Territorio Nacional. Así, el inc. c) establece como una de las causales, haber sido condenado o estar cumpliendo condena en la Argentina o en el exterior, o tener antecedentes por tráfico de (...) estupefacientes. Finalmente, el último párrafo del artículo citado, dispone 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 (art. 29, últ. párr.).

Es decir que, tal como lo señaló la Corte en la causa “Barrios Rojas” (Fallos: 343:990), el legislador fijó supuestos específicos que obstan el ingreso o permanencia de extranjeros en el país, y frente a esa regla general, en su último párrafo, facultó a la Dirección Nacional de Migraciones -en forma excepcional y solo por razones humanitarias o de reunificación familiar- a dispensar su aplicación de modo fundado. En el mismo fallo, 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, el Alto Tribunal también precisó que la negativa a conceder la dispensa establecida en el último párrafo del art. 29 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 (“Otoya Piedra”, Fallos: 344:3600). Esas facultades discrecionales, sin embargo, de manera alguna pueden constituir un justificativo de su conducta arbitraria, como sucedió en el caso bajo análisis.

En este punto es importante recordar que la excepción por reunificación familiar, planteada como hecho nuevo en sede judicial no puede prosperar, en la medida que el otorgamiento de la dispensa establecida en los arts. 29 y 62 es una facultad exclusiva de la Dirección Nacional de Migraciones, no pudiendo ser otorgada judicialmente. Es decir que aquel extranjero que no denuncie y acredite primero en sede administrativa los

motivos por los cuales solicita la dispensa, no podrá hacerlo luego ante el Tribunal. En ese sentido, el fuero en lo contencioso administrativo federal, fruto de su jurisprudencia inveterada en materia de facultades discrecionales ante las presentaciones de extranjeros por hechos nuevos de reunificación familiar, remite las actuaciones migratorio a fines que resuelva en los términos del artículo 29 in fine (Zicavo, Guasti, Contreras, Molina, Dimarco, 2022).

Si bien la actora en la causa bajo estudio había probado su situación particular y la de sus hijos al momento de solicitar la referida dispensa ante el órgano administrativo, su negativa motivó estos autos.

IV. II. La vulnerabilidad y el principio del interés superior del niño

Los niños, niñas y adolescentes se encuentran en un particular estado de vulnerabilidad debido a su fragilidad psicofísica, en razón de su inmadurez y la imposibilidad que tienen de ejercer por sí mismos sus derechos, poniendo en riesgo la tutela efectiva de los mismos. Esta condición fue atendida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación a la hora de resolver el caso bajo estudio, oportunidad en la que ponderó que la recurrente era el único sostén de sus cuatro hijos menores de edad y que su expulsión los colocaría en una situación de vulnerabilidad extrema, incompatible con el sistema de Derechos Humanos.

Asimismo, el Tribunal sopesó el principio rector del interés superior del niño, el cual merece una consideración primordial como pilar del ordenamiento, lo que significa que prevalece ante otras reglas con las que pueda entrar en colisión. Su máxima satisfacción atiende a lo que exige lo singular y concreto de cada niño para su desarrollo personal y hábitos favorables a la vida de relación en la sociedad en que se desenvuelve (Zicavo y Guasti, 2022).

Este interés superior receptado en el artículo 3, inciso 1, de la Convención de los Derechos del Niño que en nuestro sistema jurídico integró el plexo constitucional en la reforma de 1994, proporciona un parámetro objetivo que permite resolver los problemas de los niños. Es decir que lo allí previsto debe orientar y condicionar toda decisión jurisdiccional. Además, la Ley N° 26.061 de Protección Integral de Niños Niñas y Adolescentes -sancionada de conformidad con los parámetros constitucionales y convencionales antes descriptos- define este principio con el anhelo de reducir al mínimo el margen de discrecionalidad de la autoridad pública en la determinación de su alcance.

Bajo esa premisa, la jurisprudencia del Máximo Tribunal viene sosteniendo que el interés superior del niño no puede entenderse satisfecho sino en la medida de las circunstancias comprobadas en cada asunto, de manera que su configuración exigirá examinar en concreto, por un lado, las particularidades del caso para privilegiar, frente a las alternativas posibles de solución, aquella que contemple del mejor modo la situación real del infante, y por el otro, cómo se verán afectados sus derechos por la decisión cuestionada y por la que corresponda adoptar. (D., H. C. y otros s/ guarda con fines de adopción - declaración de adoptabilidad, Fallos: 346:287).

En definitiva, que frente a las discusiones que se dan a partir de un problema jurídico tan complejo como lo es el de las reglas y principios, los tratados internacionales vienen a señalar el camino que los jueces deben seguir a la hora de resolver las colisiones axiológicas. Concordemente, la Corte IDH identifica dos intereses conflictivos en los casos donde deba decidirse sobre la expulsión de alguno de los progenitores: a) por un lado, la facultad del Estado de implementar su propia política migratoria para alcanzar fines legítimos que procuren el bienestar general; y, por otro b) el derecho de la niña o del niño a la protección de la familia y particularmente a la unidad familiar. En relación con ello, la Corte IDH afirma que las exigencias del bienestar general no deben ser analizadas de manera tal que habilite cualquier viso de arbitrariedad en detrimento de los derechos, sino que a la hora de sopesar los intereses en conflicto, es necesario hacer prevalecer aquella medida que favorezca a los niños y su interés superior (Saráchaga, 2022).

V. Postura del autor

En primer lugar, resulta interesante destacar que pese a que la actora en la causa, luego de interponer recurso de queja acredita que la Dirección General de Migraciones admitió -excepcionalmente y por razones de reunificación familiar- su permanencia en el país, la Corte igualmente decide avanzar con el estudio del caso. Es decir que, si bien los agravios planteados se habrían tornado abstractos, el Cintero consideró importante expedirse al respecto, para evitar se repita una situación análoga en el futuro. Ello así, en la medida que el conflicto involucraba los intereses de niños que hubiesen quedado en desamparo si se materializaba la expulsión de su madre del país.

Resuelta esa primera cuestión, aparece razonable la decisión del Tribunal de ratificar la plena vigencia de la Ley de Migraciones y la facultad discrecional de su órgano de control. No obstante ello, deja en claro que dicha facultad encuentra límites en

principios superiores como el interés superior del niño. En esa inteligencia decide resolver de manera diferente -pero bajo los mismos preceptos- que en “Otoya Piedra” y “Barrios Rojas”, toda vez que en aquellas causas si bien se solicitaba lo mismo, pero los derechos en juego eran otros.

Este emblemático fallo inscribe un importante precedente jurisprudencial, que no solo servirá de guía para causas análogas, sino que además echa luz respecto a la forma en la que se resuelven los problemas axiológicos cuando se invoca un principio superior. En estos casos, a diferencia de lo que sostienen algunos autores, no se invalida una norma ni se declara su inconstitucionalidad para darle preeminencia un principio. Sino que se ponderan los intereses en juego, haciendo prevalecer aquellos que tengan mayor “peso”; en este caso, los derechos de las personas más vulnerables. Es decir que, si bien se derrota una regla para el caso concreto, ello no implica desconocer su plena vigencia.

Finalmente, es importante advertir que el principio superior del niño que pondera la Corte se encuentra reconocido en la norma positiva. Es decir, que los jueces tienen la obligación de considerarlo al analizar causas que involucren niños, niñas o adolescentes. Constitucionalmente se encuentra reconocido en la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 75, inc. 22 CN) e infra constitucional en la Ley N° 26.061 y en el Código Civil y Comercial de la Nación.

VI. Conclusiones

- Las 100 Reglas de Brasilia han reconocido a la “edad” como una condición de vulnerabilidad, categoría que comprende a niños, niñas y adolescentes.

- La vulnerabilidad representa una “condición”, en la medida que se utiliza para aludir al estado especial en que se halla una persona que se encuentra en una situación de vulnerabilidad.

- La Corte Suprema de Justicia de la Nación, ha ratificado en innumerables precedentes la importancia de atender especialmente la condición de los sujetos que intervienen en los procesos judiciales, previo a resolver los conflictos que se susciten.

- En el caso bajo estudio, la Corte analiza una colisión axiológica entre el art. 29 inciso c. de la ley 25.871 y el principio del interés superior del niño.

- Si bien uno de los ministros de la Corte consideró que la decisión de Migraciones de concederle a la actora una residencia permanente implicó que el caso se tornara

abstracto, el Tribunal entendió relevante ingresar al tratamiento del problema jurídico, en atención los principios en juego.

- Para resolver el conflicto, el Címero recordó la imperativa constitucional de proteger de la familia, en armonía con las disposiciones internacionales. Entiende entonces, que la norma aplicable debe necesariamente ser interpretada a la luz del interés superior del niño.

- Esta sentencia es un interesante aporte que indican cómo se resuelven los problemas axiológicos cuando se invoca el principio del interés superior del niño. Ello, claro, procurando su máxima satisfacción.

VII. Referencias

Doctrina

Alexy R. (2010). La constitución de los derechos fundamentales. Buenos Aires: Ad-Hoc.

Atienza y García Amado (2018). Un debate sobre la ponderación. Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia.

Delgado Martín, J. (2019). Guía comentada de las Reglas de Brasilia. Programa para la cohesión social en América Latina. Madrid: Programa Eurosocietal.

Saráchaga, G. (2023). Expulsión de inmigrantes y control judicial en Argentina. Buenos Aires: El Dial.

Zicavo, F.; Guasti, L; (2022). Los límites a la discrecionalidad administrativa en procesos de expulsión de personas migrantes. Comentario al fallo “C.G., A. c/ EN-DNM s/ recurso directo DNM” de la CSJN.

Zicavo, F.; Guasti, L; Contreras, V; Molina; Dimarco, C. (2022). Régimen migratorio y de ciudadanía argentino. Buenos Aires: El Dial.

Jurisprudencia

C.S.J.N. (20 de abril de 2023) D., H. C. y otros s/ guarda con fines de adopción - declaración de adoptabilidad.

C.S.J.N. (6 de septiembre de 2022) Recurso de hecho deducido por la actora en la causa C. G., A. c/ EN – DNM s/ recurso directo DNM.

C.S.J.N. (7 de diciembre de 2021) Otoyá Piedra, César Augusto c/ EN – DNM s/ recurso directo DNM.

C.S.J.N. (24 de septiembre de 2020) Barrios Rojas, Zoyla Cristina c/ EN -DNM resol. 561/11- (exp. 2091169/06 (805462/95)) y otro s/ recurso directo para juzgados.

Legislación

Constitución de la Nación Argentina. [Const.] (1994). Recuperado de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm>

Convención sobre los Derechos del Niño (1990). Recuperado de: <https://www.unicef.org/es/convencion-derechos-nino/texto-convencion>

Congreso de la Nación Argentina (2005). Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes. [Ley N° 26.061]. Recuperado de: <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/110000-114999/110778/norma.htm>

Código Penal de la Nación Argentina [Código]. (1984). Recuperado de: <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm>

Congreso de la Nación Argentina (2004). Migraciones. [Ley 25.871]. Recuperado de: <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/90000-94999/92016/texact.htm>