

# El derecho a la vida familiar de las hijas e hijos de personas migrantes

## El rol del Ministerio Público de la Defensa



*Florencia G. Plazas\**

### Introducción

Hace muchos años que las defensorías de menores del Ministerio Público de la Defensa intervienen, o intentar hacerlo, en aquellos casos en los que se revisan judicialmente las órdenes de expulsión de personas migrantes que cuentan con hijos y/o hijas en el país, dictadas por la Dirección Nacional de Migraciones (DNM).

Sin embargo, en el último tiempo se ha consolidado una jurisprudencia que limita, y en la mayoría de los casos excluye, la participación de las defensorías de menores en este tipo de procesos. Fue en el año 2016, a partir del fallo “Chavez Ruiz”, dictado por la Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, que comenzó a gestarse con mayor fuerza esta jurisprudencia restrictiva. Con el tiempo, esta postura se fue extendiendo a otras salas y juzgados de primera instancia del fuero en lo contencioso administrativo federal.

En el presente trabajo se analizará el rol que las defensorías de menores pueden cumplir en este tipo de casos, describiendo el trabajo que realizan en un caso en concreto. También se describirán algunas decisiones judiciales en las que la información y argumentos aportados por la Defensoría de Menores resultaron fundamentales para revocar judicialmente la expulsión de la persona migrante y de esta forma garantizar el derecho a la protección de la vida familiar de sus hijos e hijas.

\* Defensora pública oficial ante los Tribunales Federales de CABA.

Siguiendo esta línea de estudio, se analizará la jurisprudencia relativa al tipo de participación que tienen, o deberían tener, las defensorías de menores.

Por último, se hará un repaso de la reciente jurisprudencia en la materia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

## **El trabajo de la Defensoría de Menores en la revisión judicial de las expulsiones**

Cuando los tribunales propician a través de una vista la participación de la Defensoría de Menores en este tipo de casos, se analiza la situación en concreto del niño, niña o adolescente y de su grupo familiar. Se hace especial foco en los perjuicios y la afectación de derechos que podría generar la expulsión de su progenitor/a.

En general, la mera separación del niño, niña o adolescente de su padre o madre acarreará la afectación de su derecho a la vida familiar o a la protección de la unidad familiar (arts. 11 y 17 CADH, arts. 17 y 23 del PIDCP, art. 10 PIDESC). Al respecto, la Convención de los Derechos de Niño específicamente reconoce su derecho a no ser separados de sus padres salvo en aquellas situaciones en las que judicialmente se verifique que la medida es necesaria para preservar su interés superior (art. 9 CDN).

Casi en la totalidad de los casos, exceptuando aquellas situaciones en las que ha quedado evidenciado que la persona adulta con orden de expulsión cometió un delito o una acción cuya víctima ha sido el niño/niña o adolescente en cuyo interés está interviniendo la Defensoría, se parte de la premisa de que siempre es más beneficioso vivir cerca de su progenitor/a. Es por ello que casi en la totalidad de los casos las defensorías de menores presentan argumentaciones más del tipo dogmático, con fundamentación en el derecho internacional de los derechos humanos, en las que se propone una ponderación de los derechos y normas en juego en las que se hace primar el interés superior del niño/a involucrado y su derecho a vivir con su progenitor/a. Se sopesa el derecho a vivir en familia y los vínculos afectivos y económicos que existen entre el niño, niña y/o adolescente y la persona a quien se pretende expulsar.

En determinados casos, se puede lograr un contacto con el grupo familiar afectado y conocer la vida y dinámica cotidiana familiar de manera más detallada para acercar al expediente información que debería ser tenida en cuenta para la resolución del caso. Por ejemplo, se puede ahondar en la relación afectiva entre la persona menor de edad y el adulto involucrado, las particularidades de ese vínculo, las actividades de la vida cotidiana que realizan conjuntamente, etc. También, en la mayoría de los casos, se puede hacer foco en el aporte económico de la persona que se pretende expulsar para cubrir las necesidades básicas del grupo familiar.

En algunos otros casos, la expulsión del adulto puede representar la posibilidad de que el niño o niña afectado quede sin un adulto referente o responsable que lo proteja y continúe ejerciendo la responsabilidad parental. En estos casos de extrema gravedad, deviene muy relevante el rol que la Defensoría de Menores pueda jugar. Es importante que esta circunstancia sea especialmente señalada y que se so-

pese en cada una de las argumentaciones jurídicas que se realicen. También en estos casos se suele analizar las consecuencias que podría acarrear el traslado del niño/a conjuntamente con su madre o padre al país extranjero al que este será expulsado. Se trabaja sobre la afectación de los derechos de ese niño o niña y el desarraigo que podría sufrir si es separado de lo que constituye su centro de vida. Para ello, será necesario ahondar e introducir en el expediente judicial información relativa a su escolaridad, actividades extracurriculares, sus vínculos sociales más allá de los familiares, entre otras cuestiones.

En algún caso en particular, el niño o niña involucrados puede presentar alguna enfermedad o ser una persona con discapacidad que se encuentre sometido a algún tipo de tratamiento o atención médica o interdisciplinaria que pueda verse afectada si su madre o padre es expulsado/a. En estos casos deberá asegurarse que esta información se presente en el expediente para que pueda ser utilizado para persuadir al órgano decisor al momento de analizar la dispensa solicitada.

Existen diferentes formas de trabajar cada caso para producir ese material probatorio relevante. Por lo general, se intenta tomar contacto, cuando ello resulta posible, con la madre o padre del niño/a para conocer la situación en la que se encuentra ese grupo familiar. En aquellos casos en los que están en juego los derechos de un/a adolescente y se constata que está al tanto de la posible expulsión, se explora la posibilidad de mantener una entrevista en la sede de la Defensoría. Por lo general, se hace constar en un acta las manifestaciones realizadas para luego aportarlas al caso judicial. Esta es una forma de hacer valer el derecho a ser oído del niño, niña o adolescente involucrado, ya que en la mayoría de los casos los tribunales no celebran audiencias con la participación de personas menores de edad. Además, en muchas ocasiones es el niño/a o adolescente o su progenitor/a, quienes prefieren no acudir a una audiencia formal ante el órgano jurisdiccional y priorizan una entrevista realizada en un espacio más cálido y cuidado como el que se intenta garantizar desde la Defensoría de Menores.

En el caso de que se trate de una niña o un niño de muy corta edad, o que siendo adolescente no está al tanto del proceso de expulsión, se intenta tomar contacto directo y realizar un encuentro personal, telefónico o por videollamada con algún adulto que conozca la situación y dinámica de ese grupo familiar, que en la mayoría de los casos se trata de la mamá del niño/a. Otras veces, por ejemplo, en casos de hogares monoparentales, puede darse que un/a abuelo/a u otro familiar o vecino/a, que colabore con la dinámica de ese grupo familiar, pueda constituirse en una fuente de información trascendente para conocer y aportar particularidades de la vida cotidiana y organización de ese grupo familiar afectado.

Ya desde el contacto inicial se intenta recolectar documentación que pueda resultar útil: constancias de escolaridad, informes médicos, historias clínicas, constancias de actividades extracurriculares, etc. También, en ciertas ocasiones, se solicita este tipo de información a través de algún oficio dirigido a algún organismo público.

En algunos casos especiales, en los que se evalúa que un informe social puede introducir información y detallar características especiales de la situación que atraviesa esa niña o niño, se solicita su confección al Programa de Atención a las Problemáticas Sociales y Relaciones con la Comunidad de la Defensoría

General de la Nación. En situaciones especiales, se involucran otras áreas de la Defensoría General de la Nación y el informe se elabora de manera conjunta e interdisciplinaria entre trabajadoras sociales y psicólogas. A veces ocurre, cuando el patrocinio jurídico de la persona adulta es ejercido por la Comisión del Migrante de la Defensoría General de la Nación, que un informe social ya ha sido aportado en algún momento procesal previo a que se dé intervención a la Defensoría de Menores. En esas circunstancias, se utiliza esa información ya aportada para elaborar el dictamen.

Por lo general, a pesar de tratarse de un informe elaborado por un equipo profesional del propio Ministerio Público de la Defensa, las conclusiones a las que se arriba y la información que allí se detalla resultan muy valiosas para los órganos jurisdiccionales y son usados para fundar sus decisiones en aquellos pocos casos en los que revocan la expulsión dictada por la Dirección Nacional de Migraciones por razones de “reunificación familiar”. Por ello, deviene relevante utilizar todas las circunstancias que el caso presenta para argumentar y persuadir a jueces y juezas para que hagan primar el interés superior de las personas menores de edad en cuyo interés participa la Defensoría de Menores en el proceso.

## Algunas experiencias

En el caso “Navarro Godoy”<sup>1</sup> la actuación de la Defensoría de Menores, propiciada como excepción por la propia Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, aportó información decisiva para que prime el derecho a la vida familiar de una niña con discapacidad cuyo padre iba a ser expulsado.

Durante el trámite del caso, se documentó la discapacidad que padecía la niña a través del certificado de discapacidad. También se aportó un resumen de su historia clínica, los últimos análisis clínicos que se le habían realizado, así como un certificado médico emitido por su pediatra. Además, se introdujo un acta en la que constaba la entrevista mantenida con su madre en la Defensoría, de donde surgía información sobre la dinámica familiar, las terapias que realizaba la niña y la atención médica periódica que recibía. El informe social introducido sirvió para aseverar que la niña no podría recibir la misma atención médica en caso de tener que irse a vivir a Paraguay. La profesional interviniente advirtió que

el regreso forzado del asistido a Paraguay tendría un especial impacto en su hija menor, quien quedaría expuesta a una situación de desamparo, tanto en términos afectivos, como materiales y habitacionales, que condicionarían además la continuidad de su atención sanitaria y su desarrollo evolutivo.

La Defensoría de Menores hizo hincapié en su dictamen en los derechos que se verían afectados, con especial énfasis en la discapacidad que padecía la niña, y la consideración primordial de su interés superior que la Convención sobre los Derechos del Niño impone a toda autoridad pública. También se

<sup>1</sup> CAF, Sala I, “Navarro Godoy, Basilio c// EN-M Interior OP Y V-DNM s/Recurso directo- DNM”, del 8/9/2020.

argumentó sobre los diversos estándares en materia de derecho internacional de los derechos humanos que resultaban aplicables a las circunstancias que presentaba el caso.

La Sala I consideró, por mayoría, que las circunstancias especiales del caso requerían que deba examinarse la controversia teniendo especialmente en cuenta el interés superior de la niña involucrada. Para adoptar su decisión, destacó algunas de las manifestaciones realizadas por su madre que habían sido aportadas por la Defensoría de Menores, especialmente aquellas donde surgía que de confirmarse la expulsión del padre, el núcleo familiar perdería la cobertura de salud dada por la afiliación a una obra social en razón del trabajo en relación de dependencia del padre. Además, se reseñaron aquellas manifestaciones en las que la madre aseveraba que ella no podía trabajar y sostener económicamente al grupo familiar dada la alta demanda que le requerían las tareas de cuidado de la niña.

Finalmente, por mayoría, la Sala I decidió que la Dirección Nacional de Migraciones no se había expedido sobre el grado de afectación y vulnerabilidad que la medida podría provocar en la niña. Concretamente sostuvo que: “En efecto, no ha tenido en cuenta: a) la corta edad y los problemas de salud de la niña; y b) que el padre es su único sostén económico y que gracias a su trabajo ella tiene hogar y obra social”. Por ello, decidió revocar la sentencia de primera instancia y remitir el expediente a la Dirección Nacional de Migraciones a fin de que adopte una nueva decisión de acuerdo con los lineamientos dispuestos en la resolución judicial.

Nótese que a pesar de encontrarse en juego el derecho de otros niños, también hijos del migrante, el análisis y la decisión de fondo se basó en la situación de discapacidad y los requerimientos médicos que la expulsión del migrante le ocasionaría a la niña con discapacidad.

Recientemente, esta decisión quedó firme a partir del fallo de la Corte Suprema<sup>2</sup> que por mayoría rechazó el recurso extraordinario interpuesto por la Dirección Nacional de Migraciones. La Corte sostuvo que el recurso interpuesto “no rebate todos y cada uno de los fundamentos de la sentencia apelada”. Por su parte, el juez Rosenkrantz decidió que el recurso interpuesto resultaba inadmisibles (art. 280 CPCCN).

Otro ejemplo del trabajo de las defensorías de menores lo constituye “Fernández Barreto”.<sup>3</sup> En este caso se revisó la expulsión de un migrante, padre de 5 niñas argentinas, una de ellas portadora de HIV. Quedó plasmado en el expediente a través de un informe social aportado por la Comisión del Migrante, que ejercía el patrocinio del adulto, que las niñas dependían afectiva y económicamente de su padre ya que la madre había sido excluida del hogar por haberse dispuesto una prohibición de acercamiento. La Sala V entendió que la Dirección Nacional de Migraciones había utilizado fórmulas genéricas y abstractas para denegar el pedido de dispensa por razones familiares realizado por el migrante. Haciendo lugar a lo petitionado por la defensa técnica y la Defensoría de Menores, consideró que la Dirección Nacional de Migraciones debió haber examinado las particularidades que presentaba el caso y analizado el grado de

2 CSJN, “Navarro Godoy, Basilio c/ EN - M Interior OP y V - DNM s/ recurso directo DNM”, del 27/9/22.

3 CAF, Sala V, “Fernandez Barreto, Carlos Fredy y otro c/ EN - M Interior OP y V - DNM s/ recurso directo DNM”, del 27/8/19.

afectación al interés superior de las niñas y adolescentes afectadas por la medida expulsiva. Hizo especial hincapié en que tanto el migrante como una de sus hijas requerían atención médica periódica que estaban recibiendo en el Hospital Público Luciano y Mariano de la Vega.

## La exclusión de las Defensorías de Menores del proceso

En el caso “Chavez Ruiz”<sup>4</sup> la Sala IV decidió que había sido mal concedido el recurso de apelación interpuesto por la Defensoría de Menores contra la sentencia que había confirmado la orden de expulsión del migrante, padre de las niñas por las que había asumido la intervención en los términos del artículo 103 del CCyCN.

Entre los argumentos que brindó dispuso que la circunstancia de que el migrante “tuviese hijas menores no basta para concluir que era obligatoria la intervención del Defensor Público de Menores en los términos del art. 103 CCyCN, toda vez que aquellas no revestían per se la condición de partes del proceso”. Además, sostuvo que

el marco normativo aplicable al caso (ley 25.871) no prevé la participación necesaria de los hijos menores del interesado ni que posean una pretensión autónoma para oponerse a la validez del acto que declara irregular la permanencia de su padre y ordena su expulsión.

Asimismo, agregó que

los intereses de las menores se ven amparados en el derecho de reunificación familiar consagrado a todo migrante (arts. 3º, inc. 3º, 10 y 29 de la ley 25.871) que, en el caso, fue oportunamente alegado por el Defensor Público Oficial y tratado por la a quo.

Y reafirmó que

los intereses de las menores, que no son parte, se encuentran resguardados por la actuación de su progenitor, representado por el Defensor Público Oficial. Máxime, cuando no ha sido alegado que tuviesen pretensiones diferentes o contrapuestas a las del demandante.

4 CAF, Sala IV, “Chavez Ruiz, Digmar Felix c/ EN-M Interior OP Y V-DNM s/Recurso directo- DNM”, resoluciones del 1/12/16 y del 27/6/17.

Esta resolución de la Sala IV, comenzó a replicarse en el resto de las salas que conforman la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, con excepción de la Sala V, y en varios de los juzgados de primera instancia.

La Sala I en la causa “Lara Chiquillan”<sup>5</sup> indicó que “en el marco de las normas aplicables, los menores no revisten per se la condición de parte autónoma y sus intereses, en el caso, se hallan suficientemente tutelados”.

En igual sentido se expidió la Sala II. Así, por ejemplo, en un caso reciente, “Bogado Brizuela”,<sup>6</sup> continuó con la postura adoptada en el año 2017 en el caso “Vallejos Orellana”<sup>7</sup> y sostuvo que la circunstancia de que el actor tuviese hijos menores de edad

no bastaba para reconocerle a éstos la condición de parte del proceso, máxime, cuando no se ha argüido y menos aún acreditado, que tuviesen pretensiones diferentes o contrapuestas a las del demandante -que justificase la intervención particular e independiente de su representante-, razón por la cual, no corresponde reconocerle legitimación procesal ni sustancial para recurrir la sentencia de grado.

También la Sala III adoptó el mismo temperamento. Así, puede mencionarse el caso “Chaure Hipólito”<sup>8</sup> en el que, reafirmando su postura previa, dispuso que

en reiteradas oportunidades se ha puesto de resalto que la circunstancia que el migrante tuviese hijos menores (en el caso, una hija y cinco nietos) no basta para concluir que resultara obligatoria la intervención del Defensor Público de Menores e Incapaces en los términos del artículo 103 del Código Civil y Comercial de la Nación, toda vez que éstos no revisten per se la condición de parte del proceso.

Al igual que lo decidido por la Sala IV en “Chavez Ruiz” destacó que

el marco normativo aplicable al caso (Ley N° 25.871) no prevé la participación necesaria de los hijos menores del interesado, ni que aquéllos posean una pretensión autónoma para oponerse a la validez del acto que declara irregular la permanencia de su padre y ordena su expulsión. Ello es así porque los intereses

5 CAF, Sala I, “Lara Chiquillan, Yessica Milagro c/ EN-M Interior OP Y V-DNM s/Recurso directo- DNM”, del 23/8/18.

6 CAF, Sala II, “Bogado Brizuela, Justo Pastor c/ EN-M Interior OP Y V-DNM s/Recurso directo- DNM”, del 29/12/2020.

7 CAF, Sala II, “Vallejos Orellana, Juanito c/ E.N-M Interior - DNM - Resol. 256/12 - Expte. 219333/09 y otro s/ Recurso directo DNM”, del 2/11/2017.

8 CAF, Sala III, “Chaure Hipólito, Víctor Hugo c/ EN-M INTERIOR OP Y V-DNM s/ Recurso Directo DNM”, del 16/12/20.

de los menores se ven amparados en el derecho de reunificación familiar consagrado al migrante en la Ley N° 25.871, que ha sido invocado por el Defensor Público Oficial.

En una postura solitaria, la Sala V promueve la intervención de las defensorías de menores y les da intervención en esa instancia en aquellos casos en los que los tribunales inferiores la han omitido. Asimismo, da trámite a aquellos recursos de apelación que han sido interpuestos por las defensorías de menores sin cuestionar su legitimación procesal para hacerlo.

En algunas oportunidades consideradas excepcionales, la Sala I ha decidido dejar de lado su postura restrictiva y dar intervención a la Defensoría de Menores durante el trámite del proceso en Cámara. Así, en el ya tratado caso “Navarro Godoy”, por mayoría, decidió que ante la especial situación que se presentaba, que involucraba los derechos de una niña con discapacidad, se debía remitir el expediente a la Defensoría de Menores en los términos del artículo 103, inciso a del CCyCN. Expresamente la Sala I manifestó:

Que las particulares circunstancias del caso involucran cuestiones que atañen, indudablemente, a la tutela de personas menores de edad —una de las cuales sufre una discapacidad— que podrían resultar afectadas por la sentencia que debe dictar este tribunal en el recurso judicial directo promovido por su padre. Por tanto, con carácter previo a resolver, en uso de las facultades conferidas por el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, el tribunal, por mayoría, RESUELVE: remitir las presentes actuaciones en vista a la Defensora Pública de Menores e Incapaces, por el término de cinco días, en los términos del artículo 103, inciso “a”, del Código Civil y Comercial de la Nación, a los efectos que estime corresponder.

Ante la vista concedida, la Defensoría de Menores optó por notificarse de la sentencia adversa de primera instancia e interponer un recurso de apelación. Asimismo, en dicha instancia introdujo información y documentación relevante para el caso. En la decisión del fondo se hizo lugar al recurso de apelación interpuesto y se revocó la sentencia impugnada.

Este caso constituyó una excepción en el que la Sala I se apartó de su postura restrictiva y le otorgó a la Defensoría de Menores legitimación no solo para dictaminar, sino también para participar con calidad de parte en el proceso y recurrir la decisión de primera instancia.

Como se observa, la postura mayoritaria considera que las defensorías de menores no deben intervenir en este tipo de procesos, pues los intereses de los niños, niñas y adolescentes pueden ser resguardados a través de las peticiones que realice en el proceso el migrante con orden de expulsión. No se avizora que las defensorías de menores, desde la óptica de la persona menor de edad y haciendo énfasis en su interés superior, puedan participar en el proceso para introducir información y argumentos relevantes al momento de ponderar los derechos en juego y adoptar una decisión judicial.

En algunas ocasiones, se reconoce la participación de las defensorías de menores para emitir un dictamen, pero su actuación se limita a eso, sin reconocérsele facultades para impugnar decisiones.

En otras muy escasas oportunidades, como ocurrió en “Navarro Godoy”, se da intervención a la Defensoría de Menores con amplias facultades procesales cuando la propia Cámara evalúa las circunstancias del caso y lo considera pertinente.

Hasta el momento, la Corte Suprema de Justicia de la Nación no se ha expedido sobre este asunto en particular. Ha dictado varios fallos declarando inadmisibles (art. 280 CPPCN) los recursos extraordinarios en los que las defensorías de menores se agraviaban por su falta de intervención en el caso o la imposibilidad de recurrir las decisiones. Además, tiene aún varios recursos de queja pendientes de resolución.

Sin embargo, debe destacarse que en todos los casos, cuando la CSJN debe resolver un caso que involucra los derechos de una persona migrante que tiene hijos y/o hijas, le otorga una vista a la defensora general de la nación, en su calidad de defensora de menores ante la Corte Suprema, para que emita un dictamen previo a adoptar su decisión. Así, aun sin resolver un recurso en el que se presente un agravio específico sobre el tema, debe destacarse que la Corte sienta postura al establecer que la participación de la Defensoría de Menores debe estar asegurada como acto previo a su adopción de una decisión en el caso.

En un reciente caso, “Bianchi Fabre”,<sup>9</sup> en el que se planteó como agravio federal la falta de participación de la Defensoría de Menores a lo largo del proceso, se declaró inadmisibile el recurso extraordinario. Sin embargo, el juez Rosenkrantz emitió un muy breve voto por separado. En apenas unas líneas destacó que

no puede obviarse que en forma previa a resolver esta Corte ha dado intervención a la Defensoría General de la Nación y que el señor Defensor General adjunto asumió la representación de las menores (ver providencia de fs. 31 y presentación digital del 15 de septiembre de 2020). Y por ello concluyó que “...los agravios que se plantean en el recurso extraordinario cuya denegatoria da lugar a la presente queja, por el momento, resultan insustanciales (artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Debe destacarse que Rosenkrantz sostuvo que los agravios federales planteados, uno de los cuales era la falta de participación de la Defensoría de Menores, resultaban insustanciales. Por su parte, la mayoría no se expidió en ningún sentido respecto a ellos, sino que simplemente declaró inadmisibile el recurso extraordinario. Entiendo que el voto separado de este ministro deja entrever su postura sobre el tema, ya que pone de resalto que la participación de la Defensoría de Menores se ha asegurado

<sup>9</sup> CSJN, “Recurso de hecho deducido por la actora en Bianchi Fabre, César Enrique c/ EN- M Interior OP y V-DNM s/recurso directo DNM”, del 3/3/22.

durante el trámite del caso en la Corte Suprema. Ello, sumado a considerar insustancial el agravio a este tema referido, podría permitir arribar a la conclusión de que cualquier omisión en las instancias previas ha quedado saneada con la emisión de un dictamen en esa instancia en los términos del artículo 103 CCyCN.

Una primera conclusión a partir del análisis de todas las resoluciones judiciales hasta aquí referidas permite aseverar que aun aquellas posturas extremadamente restrictivas –que impiden la participación, aunque sea solo para emitir un dictamen– ceden cuando el órgano jurisdiccional advierte alguna circunstancia especial del caso y considera necesaria la intervención del Ministerio Público en los términos del artículo 103 CCyCN. Sin embargo, no puede dejar de señalarse que queda a criterio del órgano jurisdiccional cuáles casos son “especiales” y se sujeta el sistema de protección creado legalmente para resguardar judicialmente a las personas menores de edad al arbitrio judicial, a pesar de que el artículo 103 del CCyCN especifica que la actuación complementaria debe darse en *todos* los procesos en los que se encuentran involucrados intereses de personas menores de edad.

Esta falta de mirada desde la óptica de los derechos de los niños, niñas y adolescentes involucrados queda más evidenciada cuando el patrocinio o representación de la persona adulta no es ejercido por la Comisión del Migrante de la Defensoría General de la Nación, ya que son muchos los casos en los que las dispensas por razones de unificación familiar no son solicitadas, o no se encuentran bien fundamentadas.

Tal vez, una discusión más sensata podría restringirse al alcance que la actuación complementaria de las defensorías de menores puede tener en este tipo de casos en los que el niño, niña o adolescente no es técnicamente parte en el proceso, pero, sin lugar a dudas, la decisión judicial que se adopte podría acarrear consecuencias graves en el goce de uno de sus derechos fundamentales, el de vivir y crecer en familia.

Las diferentes posturas hasta aquí estudiadas dejan algunos interrogantes. Entre ellos, pueden señalarse: ¿alcanza la intervención en el proceso del padre o de la madre para asegurar que el derecho a la vida familiar del niño o niña sea contemplado al adoptar una decisión judicial?; ¿la aplicación en el caso concreto del principio del interés superior del niño implica la necesaria intervención de las defensorías de menores? En caso de que así sea, ¿con qué alcance?; ¿la omisión de dar vista a las defensorías de menores en casos en que la decisión judicial puede acarrear un cercenamiento a un derecho fundamental de una persona menor de edad, respeta el sistema que traza el Código Civil y Comercial de la Nación en su artículo 103 CCyCN?

Más allá de las posturas personales que se pudieran adoptar, la jurisprudencia actual no es clara en dar respuestas coincidentes a estas cuestiones. Por el momento, la Corte Suprema no se ha expedido sobre el tema. Sin embargo, ha otorgado vista a la Defensoría de Menores en esa instancia para que asuma la intervención y emita su dictamen en todos los casos en los que existen hijos y/o hijas de migrantes que pueden verse afectados por la decisión que debe adoptar.

## Los últimos fallos de la CSJN sobre dispensas en casos de expulsiones a migrantes

En el último tiempo, varios fallos de la Corte Suprema analizaron la situación de las personas migrantes y sus familias en casos en los que se discutía la razonabilidad de las decisiones de la Dirección Nacional de Migraciones al analizar las dispensas solicitadas. En casi la totalidad de los casos, fueron sentencias en las que la Corte acompañó las decisiones denegatorias adoptadas por la Administración, ya sea porque adoptó un fallo en ese sentido o porque declaró inadmisibles los recursos extraordinarios interpuestos por el/la migrante en los términos del artículo 280 CPCCN.

En el año 2020 falló en “Barrios Rojas”,<sup>10</sup> el caso de una migrante que solicitó que se revise judicialmente el rechazo de su pedido de dispensa para garantizar el derecho a la protección de su vida familiar. La DNM lo había denegado fundado en la pena que se le había impuesto y la naturaleza del delito por el que había sido condenada. La Sala V había decidido reenviar el caso a sede administrativa para que se adoptara una nueva decisión, ya que consideró que la denegación de la dispensa resultaba irrazonable. Señaló que debió haberse sopesado que la actora tenía un grupo familiar en el país que incluía a su esposo, padres, hijos mayores, sobrinos y nietos.

El caso llegó a la CSJN por un recurso extraordinario interpuesto por la DNM. La Corte Suprema revocó la decisión. Entendió que la Cámara había realizado una indebida sustitución de las facultades que la Ley N° 25871 le atribuye a la Administración e ingresó en su núcleo de discrecionalidad cuyo único límite está dado por la prohibición de adoptar criterios discriminatorios (art. 3, inc. f. de la ley), circunstancia que no había sido alegada en la causa.

Así, entendió que no puede sostenerse que

la mera existencia de un grupo familiar en el país y la alegada reinserción de la actora en la sociedad resulte suficiente para dejar sin efecto la orden de expulsión fundada en alguna de las causales previstas en el artículo 29 de la ley 25.871.

En su voto, Maqueda y Lorenzetti sostuvieron que las razones de reunificación familiar establecidas en el artículo 29 *in fine* deben ser interpretadas con criterio restrictivo (conf. considerando 10<sup>o</sup>) y que la Sala V había omitido expedirse sobre el modo en que podría considerarse afectado el derecho a la protección de la vida familiar, más allá de la mera perturbación de los lazos afectivos normales. Señalaron que no se analizó la situación del grupo familiar en particular ni cuál sería el grado de desamparo en que quedaría la madre y el cónyuge de la migrante como consecuencia del acto de expulsión.

Por su parte, Rosatti sostuvo que el derecho a la reunificación familiar no es un derecho absoluto, que la obtención de la dispensa es excepcional y, por ende, de procedencia restrictiva. Por esas razones

<sup>10</sup> CSJN, Fallos 343:990.

solo pueden revocarse las decisiones administrativas que resulten irrazonables o impliquen un trato discriminatorio. Anticipando la posibilidad de arribar a una conclusión diferente en un caso en el que se encontraran en juego derechos de personas menores de edad, destacó que “la reunificación familiar invocada no incluye prioritariamente a menores de edad sino a personas adultas, por lo que no resulta aplicable de modo decisivo en autos la noción de interés superior del niño”.

Tiempo después, a fines del año 2021, la Corte falló en “Otoya Piedra”.<sup>11</sup> El pedido de dispensa efectuado por el migrante tampoco involucraba a personas menores de edad, ya que sus hijos habían alcanzado la mayoría de edad al momento en que el caso se judicializó. La Corte reiteró su doctrina de “Barrios Rojas” y entendió que la Administración había hecho uso de sus facultades discrecionales para rechazar el pedido de dispensa sobre la base de la entidad y gravedad del delito por el que el migrante había sido condenado. Consideró que la decisión había sido adoptada dentro del ámbito de valoración que la ley atribuye a la autoridad de aplicación, que se encontraba fundada y no se había constatado una injerencia arbitraria en las relaciones de familia o la adopción de criterios discriminatorios.

En un muy reciente caso, “C.G. A.”,<sup>12</sup> la Corte Suprema resolvió a favor del derecho de los hijos de la migrante a vivir y crecer junto a ella. La Corte decidió revocar la sentencia de Cámara que había confirmado la expulsión del país con prohibición de reingreso permanente de la Sra. Condori. Si bien el caso había devenido abstracto ya que la migrante había obtenido la residencia temporaria por “razones humanitarias o de reagrupación familiar”, la mayoría de la CSJN decidió resolver sobre el fondo. Consideró importante asentar su postura frente a la posibilidad de que en el futuro se presentasen otras causas similares.

Se trató de un caso muy especial en que el grupo familiar involucrado presentaba una situación de vulnerabilidad extrema, ya que frente a la expulsión de la actora existía un riesgo cierto de que sus hijos quedaran en una situación de desamparo.

A pesar de la situación de extrema vulnerabilidad que enfrentaban los niños involucrados, la CSJN no se expidió en concreto sobre la participación de las defensorías de menores en este tipo de procesos. Su falta de intervención había sido señalada en el recurso extraordinario que se estaba tratando como un agravio federal que afectaba al interés superior de los niños. Sin embargo, como ya fuera señalado, también en este caso, previo a decidir, la CSJN dio vista al defensor general adjunto ante la Corte Suprema para que dictaminara.

La Corte decidió revocar el fallo que había confirmado la orden de expulsión de la migrante. Para arribar a esa conclusión resultó determinante el contenido de un informe socioambiental elaborado por el Programa de Atención a las Problemáticas Sociales y Relaciones con la Comunidad de la Defensoría General de la Nación, que había sido aportado por la actora durante el trámite del expediente judicial y utilizado para fundar su recurso extraordinario federal. Del informe surgía que la actora había sido víctima de violencia de género, que se encontraba sola a cargo del cuidado de sus hijos, que

<sup>11</sup> CSJN, *Fallos* 344:3600.

<sup>12</sup> CSJN, “C.G.A. c/ EN –DNM s/recurso directo DNM”, del 6/9/22.

padecía una situación de carencia de recursos económicos y que el grupo familiar se alimentaba en un comedor comunitario.

En el caso la Corte ponderó que “la migrante ha invocado y acreditado de manera fehaciente el altísimo grado de dependencia de sus hijos menores de edad para su subsistencia y el desarrollo tanto en el plano psicológico y emocional, como económico”.

La CSJN también sopesó la situación de desamparo en la que quedarían tres de sus hijos si la mujer, cuidadora primaria y proveedora de lo necesario para la subsistencia y desarrollo de los niños, debiera abandonar el país. Además, analizó como especialmente gravosa la situación de los niños en el caso de que debieran abandonar el país para no separarse de su madre. En este punto la Corte tuvo especialmente en cuenta que en su actual centro de vida reciben contención y asistencia fundamentales para su desarrollo integral, que tienen una vivienda digna y están regularmente escolarizados, que participan de un programa de apoyo escolar y que su madre les garantiza sus necesidades alimentarias a través de un comedor comunitario.

Finalmente concluyó que “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”.

Resulta relevante destacar que en su razonamiento la Corte señaló que en aquellos casos en los que se encuentra involucrado el interés superior del niño en materia migratoria, *la naturaleza de los derechos en juego excede el interés de cada parte, y pone en evidencia la presencia de un fuerte interés estatal para su protección.*

Si bien no se ahondó en esta línea de pensamiento, entiendo que podría avanzarse en ese sentido y, tal vez en un futuro caso, analizarse si ese interés superior del niño que se encuentra por encima del interés de cada parte debe ser ejercido por el órgano estatal encargado de hacer valer judicialmente los intereses y derechos de las personas menores de edad: las defensorías públicas de menores.

Por último, puede mencionarse el reciente caso “Qiu”.<sup>13</sup> Retomando los criterios de los casos fallados previamente, se dejó asentado que en tanto el otorgamiento de la dispensa por razones familiares constituye una facultad discrecional de la Administración de carácter excepcional y restrictivo, para que pueda ser revisada judicialmente, la persona migrante debió haberla solicitado de manera expresa y fundada ante la autoridad migratoria.

## Algunas reflexiones

La jurisprudencia reciente no ha definido con certeza y de manera uniforme en qué casos corresponde la intervención de las defensorías de menores en los casos en que se solicita la revisión de la orden

13 CSJN, “Qiu, Wenzhan c/ Dirección Nacional de Migraciones s/ impugnación de acto administrativo”, del 20/9/22.

de expulsión de una persona migrante que reside en el país con sus hijos e hijas menores de edad. También está pendiente una definición sobre los alcances de esa intervención. Si bien la CSJN no se ha expedido en concreto sobre este asunto, sí ha dado intervención a la Defensoría de Menores en el trámite en su instancia, lo que no sucede en las etapas previas.

Los últimos casos de la Corte Suprema sobre la materia permiten afirmar que solo serán revisadas judicialmente aquellas dispensas por razones familiares que hayan sido solicitadas de manera expresa y fundada a la DNM. En aquellos casos en los que se produzca la revisión judicial, deberá demostrarse de manera concreta el perjuicio que la expulsión de la persona migrante podría ocasionar en los derechos de los niñas, niñas y adolescentes integrantes de su grupo familiar. El mero vínculo de parentesco no resultará suficiente, sino que se requerirá que en el caso se demuestre la existencia de un riesgo cierto de desamparo que afecte a las personas menores de edad. Estas particulares circunstancias serán evaluadas desde la óptica que la Convención de los Derechos del Niño impone, el principio del interés superior del niño, niña o adolescente.