

Personas migrantes. Expulsiones. Niños y niñas

CSJN. “Huang, Qiuming c/EN-DNM s/recurso directo DNM” y “Otoya Piedra, César Augusto c/EN-DNM s/recurso directo DNM”, 7 de diciembre de 2021

Por Pablo Ceriani Cernadas¹ e Ignacio Odriozola²

1. Introducción

En el período comprendido entre octubre de 2021 y junio de 2022, la Corte Suprema de Justicia de la Nación resolvió más de un centenar de casos relativos a derechos de personas migrantes y sus familias. En tan solo nueve meses, tanto sus sentencias, como aquellas en que confirma decisiones adoptadas por otros tribunales federales, revelan criterios contrarios a la Constitución Nacional y a los tratados internacionales de igual jerarquía, e incluso a algunos principios básicos del derecho. También evidencian argumentos seriamente regresivos y la omisión de estándares desarrollados en las últimas décadas por diversos organismos competentes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Este universo de sentencias judiciales puede ser clasificado en dos áreas temáticas que serán analizadas en las respectivas secciones de este artículo. Los temas centrales de cada una, con base en las sentencias

¹ Abogado (UBA). Magíster en Migraciones (Universidad Europea de Madrid). Doctor en Derechos Humanos (Universidad de Valencia). Director de la Especialización en Migración y Asilo desde una Perspectiva de Derechos Humanos (UNLa). Experto independiente miembro del Comité de Naciones Unidas para la Protección de los Derechos de los Trabajadores Migrantes y sus Familiares. Profesor de Migraciones y Derechos Humanos (UNLa, UNSAM, UBA y Universidad Andina Simón Bolívar).

² Abogado (UBA). Magíster en Migración y Estudios de Movilidad (University of Bristol). Diplomado en Derechos Humanos y Derecho Humanitario (American University) y en Migrantes y Protección de Refugiados (UBA). Ex becario Chevening (2019-2020). Se desempeña como abogado en la Comisión del Migrante de la Defensoría General de la Nación. Es docente en Derecho Internacional de los Refugiados (UBA).

de la Corte y otros tribunales federales, son los siguientes: a) expulsión de migrantes que residen en Argentina debido a la falta de ingreso regular al país; y b) expulsión de migrantes con antecedentes penales que redundan en la separación familiar e impacta en los derechos de niñas y niños.

Dentro del primer grupo de sentencias se destaca el caso “Huang”³ por dos motivos: primero, por la sesgada y restrictiva interpretación que hace la CSJN de la normativa migratoria y de las circunstancias del caso; y segundo, porque ese fallo fue –y continúa siendo– usado por el Tribunal para resolver de forma automática más de un centenar de decisiones; es decir, sin ingresar en el análisis de circunstancias particulares.

El segundo grupo parte de la sentencia del caso “Otoya Piedra”⁴ y persigue el objetivo de analizar los principales problemas de la argumentación del Tribunal en supuestos de expulsiones y separaciones familiares. Aquí también la CSJN omite analizar una quincena de casos posteriores, limitándose a confirmar decisiones de otros tribunales. Para ilustrar la gravedad de la posición de la Corte de rechazar los recursos contra dichas decisiones, también haremos mención a algunos de ellos, como “Bianchi Fabre”.⁵

En cada sección examinaremos el contenido de los fallos judiciales, los derechos en juego y la argumentación de los tribunales. Asimismo, haremos algunas reflexiones sobre por qué estas decisiones son regresivas y en qué medida podrían conducir a futuras decisiones –tanto judiciales como administrativas– que promuevan o validen otras restricciones de derechos y garantías elementales con base en la condición migratoria o la condición de no nacional de una persona migrante.

2. Expulsión de personas migrantes por ingreso irregular al país: violación del principio de proporcionalidad, invención de una infracción administrativa imprescriptible y desprotección judicial por un uso arbitrario de analogías

En el año 2016 la Dirección Nacional de Migraciones (DNM) ordenó la expulsión del Sr. Huang de la Argentina y prohibió su reingreso al país por el plazo de cinco años, por haber ingresado de manera irregular al territorio nacional. Es decir, por la infracción administrativa migratoria prevista en el artículo 29, inciso i, de la Ley N° 25871. Cuestionada la medida dictada en sede judicial, la titular del Juzgado Contencioso Administrativo Federal N° 3 confirmó la sanción. Sin embargo, en 2018 esta fue revocada por la Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (CNACAF).

Los jueces de la CNACAF decretaron la nulidad de las medidas administrativas, tras coincidir en que, con excepción de no contar con una constancia de ingreso al territorio nacional, el migrante cumplía con todos los requisitos normativamente exigidos para radicarse bajo la categoría de residente

3 CSJN, *Fallos* 344:3580.

4 CSJN, *Fallos* 344:3600.

5 CSJN. “Recurso Queja N° 3 - BIANCHI FABRE, CESAR ENRIQUE c/ EN - M INTERIOR OP YV - DNM s/ RECURSO DIRECTO DNM”, 3 de marzo de 2022.

temporario por motivos de trabajo (art. 23 de la Ley N° 25871), con base en la documentación que había aportado. Destacaron el tiempo transcurrido en el país, junto con el hecho de que era empleado de una sociedad de responsabilidad limitada, había realizado aportes previsionales, había presentado certificados de buena conducta en Argentina y en su país de origen, había realizado el pago de las tasas por trámite migratorio y presentado la declaración jurada de domicilio.

También recordaron que la Ley N° 25871 establece en su artículo 17 que “[e]l Estado proveerá lo conducente a la adopción e implementación de medidas tendientes a regularizar la situación migratoria de los extranjeros”. Según los jueces, con base en el artículo 61, la DNM debió conminar al migrante a regularizar su situación migratoria, en lugar de dictar su expulsión. Es decir, siguieron los principios democráticos y desde un enfoque de derechos fijados por la Ley de Migraciones, que reemplazó la normativa que había impuesto la última dictadura cívico-militar y que estuvo vigente hasta 2003 (Giustiniani, 2004; Ceriani Cernadas, 2016); dichos principios, aseguran como respuesta prioritaria –en términos de política pública– que el Estado argentino debe facilitar la regularización migratoria.

Tres años después, sin embargo, la CSJN revirtió la decisión de la Cámara, confirmando la expulsión del país del Sr. Huang. Para ello, sostuvo que la igualdad de trato que la Ley N° 25871 consagra, exige al migrante satisfacer “condiciones establecidas para su ingreso y permanencia, de acuerdo a las leyes vigentes” (art. 5). Luego recordó el deber de ingresar por los lugares habilitados (art. 34), y quien no lo hiciera “será pasible de expulsión” (art. 37). Por lo tanto, concluyó que la autoridad migratoria, al decidir como lo hizo, tan solo se limitó a aplicar la Ley N° 25871.

De manera opuesta a la Cámara, la Corte sostuvo que la intimación a regularizar (art. 61) solo sería aplicable cuando se trata de una irregularidad en la “permanencia”, pero no en el “ingreso” al país. La CSJN, por lo tanto, entendió que el Sr. Huang se encontraba alcanzado por el impedimento para ingresar y residir previsto en el artículo 29, inciso i, y, por ello, solo cabía aplicarle la sanción de expulsión, no pudiendo consecuentemente acceder a la radicación temporaria.

La decisión de la Corte permite un análisis –y una crítica– al menos desde cuatro perspectivas distintas pero concatenadas: 1) la contradicción con los precedentes jurisprudenciales del propio tribunal; 2) la interpretación literal, pero sesgada, parcial y regresiva, de la Ley N° 25871; 3) la violación de principios básicos del derecho; y 4) la aplicación arbitraria de esta posición restrictiva en más de cien casos, sin analizar las circunstancias de cada uno de ellos.

Hasta el 7 de diciembre de 2021, el máximo tribunal había sentado solo dos precedentes jurisprudenciales de relevancia sobre irregularidad migratoria. El primero de ellos es *Cuesta Urrutia*⁶ (1944), donde resolvió un hábeas corpus interpuesto en beneficio de una persona migrante detenida y próxima a ser expulsada en razón de su ingreso irregular al territorio argentino. Allí la Corte resaltó que “la rectitud del comportamiento en el país, unida a un transcurso de tiempo capaz de ponerlo a prueba y

6 CSJN, *Fallos* 200:99.

demostrar que responde a una leal voluntad de honrado arraigo” eran motivos suficientes para purgar el incumplimiento de las reglas sobre ingreso o permanencia regular.

Años más tarde, este criterio fue desarrollado en “Lino Sosa” (1956),⁷ que igualmente trató un hábeas corpus contra la orden de expulsión de un marinero que había evadido los controles de ingreso y requerido, luego de cuatro años habitando *de hecho* la Argentina, su permanencia regular. La CSJN sentenció que tendría derecho a permanecer todo extranjero a) que ingresara al país irregularmente pero sin ánimo de ocultar antecedentes que hubiesen significado un rechazo en la frontera; b) que se encontrara integrado a la vida nacional desde hace algunos años –no puntualizó cuántos– a través de su trabajo, del establecimiento de su domicilio en el país, etc., y respecto de quien, c) la autoridad migratoria, en ese tiempo de estancia, no pusiera en marcha ningún procedimiento tendiente a su expulsión.

A pesar de la antigüedad de ambos pronunciamientos, ya en el siglo XXI la CSJN ratificó sus propios estándares, valiéndose de “el recto comportamiento en el país” o la “leal voluntad de arraigo” a los efectos de extender derechos a personas migrantes. En “Ni I-Hsing” (2009) los utilizó para conceder la nacionalidad argentina a un extranjero que se encontraba en el país de manera irregular y decidió nacionalizarse.⁸

El fallo “Huang”, entonces, representó un giro copernicano. Es que la Corte no solo desatendió sus precedentes, sino que restringió toda vía legal tendiente a resolver la irregularidad del ingreso a la Argentina, aun con un marco normativo que reconoce la migración como derecho humano (art. 4). Para la Corte, ya no importa la carencia de antecedentes penales, el tiempo de radicación *de hecho*, contar con un trabajo remunerado, contribuir al erario público o los vínculos sociales, culturales y afectivos forjados durante la estadía en la Argentina. Tampoco importa la desigualdad de armas procesales: sobre la persona migrante recaerá toda la carga probatoria tendiente a demostrar que su entrada ocurrió regularmente. La red de derechos adquiridos es irrelevante y los proyectos personales efímeros. A criterio de la CSJN, obviar un control migratorio al ingresar al país implica, sin excepciones, la expulsión del territorio.

Incluso más, cuando se contrasta el caso “Huang” con la reciente jurisprudencia del fallo “Apaza León”,⁹ parecería que el máximo tribunal se desentendió de la coherencia que deben seguir sus pronunciamientos e incluso dio pie a absurdos jurídicos. En dicha sentencia, la Corte resolvió que una orden de expulsión dictada sobre la base del artículo 29, inciso c de la Ley N° 25871 solo puede prosperar cuando la persona migrante fue condenada –o cuenta con un antecedente penal– a una pena de prisión privativa de la libertad de tres años –o mayor a tres–. De tal forma, parecería discriminarse inversamente, y favorecer con la permanencia en el país, a aquella persona que –en palabras de la propia CSJN– compromete “la seguridad del Estado o la paz social”¹⁰ y no a quien, además de mantener

7 CSJN, Fallos 234:203.

8 CSJN, Fallos 332:1466.

9 CSJN, Fallos 341:500.

10 CSJN, Fallos 164:344.

el comportamiento pretendido, tan solo cometió una falta meramente administrativa (Odrizola y Salmain, 2018).

A poco de analizar el fallo se advierte que la CSJN optó por una interpretación literal, sesgada y restrictiva –únicamente– de la normativa migratoria. Es decir, no tuvo en cuenta ya no solo su propia jurisprudencia, sino estándares internacionales, una abultada doctrina sobre el tema, o declaraciones de Argentina y de otros Estados, en las que se destaca a la irregularidad migratoria como un indicador de vulnerabilidad y a la regularización migratoria como una herramienta central de una política migratoria basada en derechos. Asimismo, mencionando unos pocos artículos de la ley, descartando otros, e ignorando otras herramientas normativas y del derecho, desarrolla una construcción argumental breve, perezosa y estanca, con una premonitoria proclividad a restringir o invisibilizar todo derecho que pueda estar en juego.

A modo de ejemplo, la Corte no profundizó en el análisis del artículo 17 de la Ley N° 25871, mencionado por la Cámara de Apelaciones, sobre la responsabilidad del Estado en facilitar la regularización migratoria, ni explicó por qué no alcanzaba situaciones como la examinada. Tampoco consideró el principio *pro migrante*, que impone ante el conflicto normativo estarse a la norma más favorable al extranjero, previsto en el artículo 28 y reforzado por el artículo 1 del Decreto N° 616/10 (reglamentario de la Ley de Migraciones).

Peor aún, la Corte pasó por alto los artículos 3 y 12: el primero menciona como objetivo medular de la ley “dar cumplimiento a los compromisos internacionales de la República en materia de derechos humanos, integración y movilidad de los migrantes” y el segundo, a modo de recordatorio, que “[e]l Estado cumplimentará todo lo establecido en las convenciones internacionales y todas otras que establezcan derechos y obligaciones de los migrantes, que hubiesen sido debidamente ratificadas”. Asimismo, el derecho humano a migrar, cuya protección debe ser garantizada por el Estado (art. 4), brilla por su ausencia, como si no existiera, como si la Corte entendiera tácitamente –lo cual sería arbitrario– que la infracción administrativa de ingreso irregular justifica la pérdida de esa protección.

Tampoco tuvo en cuenta otros instrumentos legales aplicables que hacen a los derechos de las personas migrantes y a las obligaciones internacionales del Estado. Por caso, la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, que establece en su artículo 69.1 que “[l]os Estados Partes en cuyo territorio haya trabajadores migratorios y familiares suyos en situación irregular tomarán medidas apropiadas para asegurar que esa situación no persista”.

La Corte no solamente vulnera derechos de las personas migrantes y omite considerar elementos normativos, principios y estándares internacionales en la materia. También tira por la borda principios básicos del Estado de derecho, como el de proporcionalidad y el de prescriptibilidad de la facultad sancionatoria del Estado.

Con respecto al primero, la CSJN nada dice sobre lo que fuera una práctica estable de las causales de expulsión a lo largo de décadas –incluso bajo la ley “Videla”, de la última dictadura cívico-militar–.

Nos referimos al carácter *relativo* de la irregularidad migratoria (ingreso o permanencia) como motivo de expulsión; carácter que se agudiza al compararla con otras conductas para las que el artículo 29 prevé la misma sanción, como la comisión de crímenes de guerra y de lesa humanidad.

La Corte no dice absolutamente nada al respecto. Con su silencio, interpreta a la infracción administrativa de ingresar al país obviando un control migratorio como un impedimento absoluto en pie de igualdad con las sanciones previstas para los crímenes internacionales más atroces, violando flagrantemente el principio de proporcionalidad.

Con respecto a lo segundo, recordemos que el ejercicio del poder punitivo por parte de un Estado, ante conductas prohibidas por el ordenamiento jurídico, depende, entre otros requisitos, del paso del tiempo. La persecución de infracciones penales y administrativas, así como la imposición de una pena o sanción, variará –en cada caso– según el tiempo transcurrido desde la acción contraria a la ley. Con la excepción de los crímenes internacionales –de lesa humanidad, de genocidio y de guerra–, que son imprescriptibles, cada infracción tendrá un plazo –mayor a medida que la conducta sea más grave– para ser sancionada. La Corte ignoró rotundamente este principio básico, justificando, por ende, la sanción de una infracción administrativa luego de varios años de su comisión –en este caso, 6, y en otros resueltos posteriormente, 10, 20 o hasta 30 años después de cometida la falta–.

Por lo demás, entre diciembre de 2021 y junio de 2022, la CSJN decidió aplicar el precedente “Huang” en alrededor de 150 causas que, a su entender, “remitían al examen de cuestiones sustancialmente análogas a las resueltas por esta Corte”.¹¹ Es decir, el máximo tribunal de la Argentina no se inmiscuyó en las circunstancias particulares de cada una de las personas migrantes que deseaban permanecer en el país ni, en algunos casos, de sus familiares. Por el contrario, las equiparó entre sí por su mera condición de no nacionales y porque habrían ingresado al país de manera irregular, confirmando en consecuencia sus respectivas órdenes de expulsión.

Según la CSJN, dado que la infracción administrativa es la misma, no haría falta analizar ninguna circunstancia particular de cada caso. Si esto ocurriera con otras conductas punibles, ¿no sería un escándalo para el Estado de derecho? ¿No lo debería ser, entonces, en casos donde los efectos pueden ser la expulsión del país donde una persona vivió por muchos años, o incluso décadas?

Al examinar en detalle estas decisiones se advierte que, incluyendo el precedente “Huang”, en la amplia mayoría confirmaron la expulsión de personas migrantes de nacionalidad china. Semejante situación difícilmente pueda considerarse aleatoria. Parece, más bien, una decisión premeditada que permite suponer que se ha llevado a cabo una expulsión colectiva *judicial*, contraria a lo previsto tanto en el artículo 66 de la Ley N° 25871 como en el artículo 22.9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

¹¹ La averiguación de los casos en que se aplicó el precedente “Huang” se llevó a cabo de manera manual a través de la base de datos *IusLat*, que reúne las sentencias de tribunales, cortes y salas constitucionales de América Latina y, en particular, analizando aquellas adoptadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. El último análisis se llevó a cabo el 23 de junio de 2022.

Incluso permite suponer una atribución constitucional ajena por parte del Poder Judicial, puesto que estos casos constituyen implícitamente al “poder con las credenciales democráticas más débiles” (Gargarella, 2020) en un engranaje determinante en materia de control migratorio-poblacional-político, al definir quién podrá (o no) *pertenecer a la comunidad*, función asignada por la Constitución Nacional –con evidente sentido democrático y representativo– al Congreso de la Nación, en su artículo 75, incisos 12 y 18. Más aún, estos casos nos recuerdan que las prácticas de expulsión pueden ser selectivas y profundamente racializadas cuando se dirigen a un grupo nacional específico, redundando en una vulneración al principio de igualdad y no discriminación, en contra de lo normado en el artículo 13 de la Ley N° 25871 y en los artículos 1.1 y 24 de la CADH.

En suma, el caso “Huang” revela que la CSJN sobrepuso a las fronteras físicas y simbólicas ya existentes una nueva frontera *legal*: toda persona que ingrese al país de manera irregular será *de lege excluida*, sin importar el paso del tiempo transcurrido, la conducta de la persona en ese período y los derechos en juego. Esa nueva frontera *legal* no se respaldó en precedentes cuya vigencia sigue intacta, sino en una interpretación sesgada que excluyó un amplio catálogo de normas, derechos e instrumentos aplicables y, peor aún, contradujo principios básicos del derecho –como el de proporcionalidad entre infracción y sanción y el carácter prescriptible de la facultad sancionatoria del Estado–.

Asimismo, a través de una arbitraria construcción de “analogías”, vulneró otros principios básicos, legitimando la que podría ser calificada como expulsión colectiva *judicial* y discriminatoria. El impacto de la pena de expulsión sobre los derechos en juego, en cada caso, está absolutamente ausente del análisis de los jueces del principal tribunal de la Argentina.

Por último, mediante un centenar y medio de sentencias que carecen de toda legitimidad, ha fijado un criterio profundamente restrictivo, con un nivel de regresividad inédito: ni siquiera durante la aplicación de la mencionada ley “Videla” la irregularidad en el ingreso fue entendida como un impedimento absoluto que solamente podría derivar en la expulsión del país, tal como argumentó la DNM ante la justicia y, lamentablemente, convalidó la Corte en apenas unos pocos párrafos cargados de arbitrariedades y omisiones.

3. Expulsión del país de progenitores migrantes por antecedentes penales y separación familiar a la luz de los derechos de niños, niñas y adolescentes: regreso a 1989

El 20 de noviembre de 1989, los Estados Miembros de Naciones Unidas, reunidos en la Asamblea General aprobaron la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN). Mientras que un año después Argentina ratificó este tratado y en 1994 le otorgó jerarquía constitucional. De la CDN, el pacto internacional más ratificado del mundo, emanan cuatro principios medulares: el interés superior, la no discriminación, el derecho a la participación y a ser escuchado, y el derecho a la vida y el desarrollo integral. Las decisiones de la CSJN, en las sentencias que comentaremos a continuación, han ignorado

de forma categórica no solamente cada uno de estos principios, sino la simple existencia de la CDN, vulnerando consecuentemente la Constitución Nacional.

El caso “Otoya Piedra” trató sobre la decisión de la DNM de expulsar del país, con base en una condena penal (art. 29, inc. c, de la Ley N° 25871), a una persona que residía en Argentina hace más de 20 años, que era padre de 2 hijos –uno de ellos menor de edad de nacionalidad argentina– y abuelo de nietos también nacionales. La sentencia contiene una serie de errores jurídicos, omisiones y otros problemas serios desde un enfoque de los derechos de la infancia.

Una de las primeras equivocaciones, de tipo conceptual, pero que da cuenta el severo desconocimiento de la CDN por parte de la Corte Suprema, se puede evidenciar en la denominación de uno de los derechos en juego. En efecto, el derecho principal en cuestión es el derecho humano a la protección de la familia y de la vida familiar, y dentro de este, a la protección de la unidad de la familia. Asimismo, como una vertiente específica de este derecho, con base en el artículo 9 de la CDN, está el derecho del niño y la niña a no ser separados de sus padres.

Pese a ello, a lo largo de toda la sentencia la Corte se refiere al “derecho a la reunificación familiar” y, a tal fin, cita literalmente a la Ley de Migraciones (artículo 29 *in fine*). Esta normativa, evidentemente, tiene un error de origen cometido por el Congreso Nacional, que denominó incorrectamente el derecho a la protección de la familia y la vida familiar. Ahora bien, de haber incluido en su análisis los tratados internacionales de derechos humanos –como debió haber hecho, dada la obligatoriedad y jerarquía de estos instrumentos respecto de la ley migratoria–, el máximo tribunal del país habría notado la correcta denominación del derecho en juego, especialmente con base en los artículos 8, 9 y 16 de la CDN, así como en varios artículos que protegen ese derecho a través del texto de otros tratados de igual jerarquía.¹²

Por su parte, al igual que en el precedente “Huang”, la Corte solo implementó la Ley N° 25871. De allí que no citó en ningún pasaje a la CDN ni a otros tratados de nivel constitucional en el país. Los derechos de niños y niñas, como sujetos de derechos afectados por una decisión que podría separarlos –en este caso– de su padre, con quien residieron toda su vida, no fueron contemplados en forma alguna por la CSJN.

Otro aspecto preocupante de la decisión de la Corte, reiterada y ampliada en los casos siguientes, responde al análisis que realiza sobre la ya señalada “dispensa por reunificación familiar”. Como dijimos, esta dispensa se encuentra prevista en el último párrafo del artículo 29 de la Ley N° 25871, que enumera las causales por las cuales podría imponerse la sanción de expulsión del país a una persona y finalmente dispone que la DNM, previa intervención del Ministerio del Interior, podría “excepcionalmente”, por razones de “reunificación familiar”, admitir a las personas comprendidas en ese artículo.

12 Entre otros, artículos 11 y 17 de la CADH, artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y artículos 17 y 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

En “Otoya Piedra”, como adelantamos, la Corte nunca se refirió o mencionó al derecho humano a la vida familiar. Por el contrario, señaló que el otorgamiento de esta dispensa consiste en una facultad “excluyente” de la DNM, de carácter “discrecional” y “excepcional”, y que debe ser interpretada de manera “restrictiva”.

La interpretación de la CSJN, a nuestro entender, contiene cuatro errores. El primero, que la protección de un derecho humano reconocido constitucionalmente —y en el caso de niños y niñas, de manera reforzada— no puede ser una facultad exclusiva de una autoridad administrativa. Ello equivaldría a negar toda clase de protección judicial a este derecho. El artículo 9.1 de la CDN, de manera explícita, establece que en caso de una medida que pueda entrañar la separación de niños y niñas respecto de sus padres, esta debe ser revisada judicialmente. El segundo, que el respeto de este derecho no puede ser una medida “discrecional” sino, precisamente, debe estar determinado por las normativas, principios y estándares que regulan las condiciones de su ejercicio. La Corte no recurrió a ninguno de ellos para evaluar si la expulsión era una medida razonable o, al afectar el derecho de niños y niñas, arbitraria. El tercero, en igual sentido, que sin perjuicio de la redacción literal de la Ley de Migraciones, la protección del derecho a la vida familiar no puede ser excepcional, sino la regla. Al haber omitido diversos tratados aplicables al caso, así como los principios y estándares que rigen su implementación, la CSJN ignoró este aspecto central, vulnerando la CDN —entre otras normativas—. El cuarto error radica en afirmar que una medida de protección a un derecho debe aplicarse de forma restrictiva. Los estándares internacionales de derechos humanos hace varias décadas indican exactamente lo contrario. Mientras que la protección de un derecho debe interpretarse de forma amplia (principio *pro persona*), el carácter restrictivo debe utilizarse, al contrario, en cualquier medida de restricción del derecho (Pinto, 1997). Es allí, al restringirse, donde debería realizarse la fundamentación adecuada sobre por qué, en un determinado caso, contrariamente a los estándares aplicables, deberá prevalecer la medida sancionatoria en lugar de la protección del interés superior del niño y su derecho a la no separación de su padre.

A través de esta decisión, la Corte fijó un estándar gravemente restrictivo y sin tener en cuenta ninguno de los artículos de la CDN, sus principios medulares de interpretación ni, menos aún, los estándares internacionales que en los últimos años han sido desarrollados en la materia. Herramientas centrales como la Opinión Consultiva 21/14 de la Corte IDH o las Observaciones Generales Conjuntas de los Comités de Derechos del Niño y de Derechos de Migrantes y sus Familias (2017) están completamente ausentes del muy limitado —en extensión y enfoque— análisis de la Corte.

Desde esa decisión, y hasta mediados de junio 2022, la CSJN resolvió otros quince casos de la misma manera,¹³ con un agravante: en estas decisiones, como hizo con las expulsiones por irregularidad

13 Las sentencias, según fecha, número de causa y carátula, fueron las siguientes: a) 28/06/2022: CAF 156/2019, Molinas Ramírez, Primo Edgar c/ EN-DNM; b) 03/05/2022: CAF 079857/2017, “Valenzuela, Vladimir c/EN-DNM”; CAF 079389/2018, “Loaiza Martínez, Julio c/EN-DNM”; CAF 037204/2019, “Romisoncco Huauya, Jonhy c/ENM-DN”; CAF 084029/2018, “Delgado Velásquez, César c/EN-DNM”; c) 26/04/2022, CAF 063644/2017, “Nunes Bello, William c/EN-DNM”; CAF 021348/2011, “Van Den Bossche, Peter c/EN-DNM”; d) 29/03/2022, CAF 040989/2017, “Lozano Almeyda, Tomy c/ EN-DNM”; CAF 037222/2013, “Trujillo Vásquez, Juan c/EN-DNM”; e) 15/03/2022, CAF 063510/2018, “Vargas Vásquez, Ángela c/EN-DNM”; CAF 047166/2018, “Huayta Quispe, Freddy c/EN-DNM”; f) 03/03/2022, CAF 074305/2018, “Hernández, John c/EN-DNM”; CAF 058851/2018, “Bianchi Fabre, César c/EN-DNM”; CAF

migratoria, la Corte no analizó los casos sino que, en vez de remitirse por analogía a otro precedente, recurrió al artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

De este modo, el tribunal se limitó a rechazar los recursos extraordinarios intentados, confirmando así la decisión de expulsión dictada por la DNM, sin siquiera analizar las circunstancias particulares de cada uno de esos casos. Visto desde otra perspectiva, a pesar de que en esos expedientes los derechos de niños y niñas estaban en juego y a pesar de que podrían ser separados de su padre o madre en virtud de una sanción administrativa, el máximo tribunal del país resolvió que no había argumento alguno para aceptar el remedio judicial interpuesto y examinar el caso.

A modo de ejemplo, en “Bianchi Fabre”, del 3 de marzo de 2022, la Corte confirmó la sentencia de expulsión de un migrante, padre de dos hijas de nacionalidad argentina y menores de edad. La CSJN no analizó el caso. Así, ignoró dichas circunstancias y el hecho de que la persona, si bien había cumplido una pena de tres años y ocho meses, se había reinsertado en la sociedad muchos años atrás, siendo el sostén económico y emocional de su familia.

Ahora bien, sin perjuicio de los hechos puntuales del caso y de la eventual decisión a la que pudiera llegar la Corte –en este y los demás expedientes–, la cuestión que nos interesa destacar es la invisibilidad de los derechos de los niños y niñas junto con la interpretación gravemente restrictiva adoptada, en ciertos supuestos, por los tribunales inferiores y confirmadas por la CJSN. Las jurisdicciones de primera y segunda instancia federales –salvo en contadas excepciones–, omitieron artículos, principios y estándares fundamentales y negaron, en consecuencia, la protección de las niñas y los niños al derecho a la unidad familiar y a no ser separados de sus padres.

En este sentido, una de estas graves omisiones puede evidenciarse en una sentencia de la Sala IV de la CNACAF.¹⁴ Esta grave omisión radica en la negación de las niñas y los niños como sujetos plenos e individuales de derechos, uno de los elementos medulares del cambio de paradigma que supuso la CDN. Al analizar el “derecho a la reunificación familiar” [sic] de las niñas, el tribunal señaló que “los intereses de los menores se ven amparados en el derecho de reunificación familiar consagrado a todo migrante” (su padre, en este caso). Es decir, los jueces no solamente omiten el derecho –propio y exclusivo– de todo niño a no ser separado de sus padres (art. 9 de la CDN), sino que su derecho –genérico– a la vida familiar es subsumido en el derecho de su progenitor, quitándoles, por ende, su carácter de sujeto de derecho. Se trata de una preocupante interpretación preconventional, validada tácitamente por la CSJN.

Al no incorporar en modo alguno las normas, principios y estándares sobre derechos de la niñez en el marco de esta clase de procedimientos, la Corte obvia todo análisis sobre cómo proteger esos derechos, o al menos cómo sopesarlos a la luz de otros intereses del Estado, como la sanción de eventuales

056346/2018, “Britez González, Juan c/EN-DNM”; y g) 16/12/2021, CAF 040105/2012, “Peralta Crispin, Antonio c/EN-DNM”.

14 Sala IV de la CNACAF, “Bianchi Fabre, César c. Estado Nacional – Ministerio del Interior – DNM s/ Recurso Directo”, 25 de abril de 2021. De la misma manera se pronunciaron otros tribunales federales en algunos de los casos citados previamente.

infracciones. Por eso, entre muchos otros precedentes que podría haber utilizado, la Corte ignora lo señalado en la Observación General Conjunta N° 4 del Comité de Derechos de Trabajadores Migrantes y sus Familias y N° 23 del Comité de Derechos del Niño.

Allí, los comités señalaron, en primer lugar, que la separación familiar por una medida de expulsión basada en la condición migratoria

es desproporcionada, ya que el sacrificio que supone la restricción de la vida familiar y la repercusión en la vida y el desarrollo del niño no se ve compensado por las ventajas obtenidas al obligar a uno de los padres a abandonar el territorio debido a la infracción cometida contra las normas sobre inmigración.

Luego, en el caso de expulsiones basadas en la comisión de infracciones penales, los comités subrayaron que

deben garantizarse los derechos de los hijos, incluido el derecho a que su interés superior sea una consideración primordial y el derecho a ser oídos y a que sus opiniones se tomen en serio, teniendo también en cuenta el principio de proporcionalidad y otros principios y normas de derechos humanos (párr. 29).

En definitiva, en estos casos decididos por la CSJN, y previamente por diversos tribunales federales del país, se omitieron los principios y estándares fundamentales que deberían regir para resolver esta clase de situaciones. Entre los principios de la CDN que la CSJN ignoró y vulneró en todos estos casos, cabe dedicar unos párrafos al menos a dos de ellos: el interés superior del niño y el derecho a participar y ser oído en procedimientos que afecten sus derechos.

a) Un principio interpretado al revés: control migratorio como interés superior

Un problema serio que atraviesa a todas estas decisiones de la CSJN –en la sentencia de “Otoya Piedra” y, tácitamente, en las restantes–, así como a las dictadas en la misma dirección por los otros tribunales federales intervinientes en esos casos, es la omisión generalizada del principio de interés superior del niño. La gravedad no radica en la interpretación que hacen de este principio troncal de la CDN, por el contrario, radica en su absoluta exclusión o ausencia. Parecería que este principio no existiera.

En los estándares internacionales desarrollados en materia de derechos de la niñez en contexto de movilidad humana, el interés superior tiene una función central. Funciona como la columna vertebral sobre la cual se sostienen las directrices que deben guiar a los Estados en el tratamiento de niños,

niñas y adolescentes cuyos derechos pueden verse afectados, por ejemplo, en el marco de políticas y procedimientos migratorios.

En particular, la Observación General Conjunta N° 3 del Comité de Derechos de Trabajadores Migrantes y sus Familias y N° 22 del Comité de Derechos del Niño, establece lo siguiente:

Los Estados partes deben velar por que el interés superior del niño se tome plenamente en consideración en [...] la adopción de decisiones sobre casos individuales [...] y las decisiones referentes a la unidad familiar [...] ; en todas esas esferas el interés superior del niño será una consideración primordial y, por lo tanto, tendrá máxima prioridad [...]. A fin de aplicar el principio del interés superior en los procedimientos o decisiones relacionados con la migración que puedan afectar a los niños, los Comités destacan la necesidad de llevar a cabo sistemáticamente evaluaciones y procedimientos de determinación del interés superior como parte de las decisiones relacionadas con la migración y de otra índole que afectan a los niños migrantes, o para conformar esas decisiones [...] los Estados partes deben: [...] e) Evaluar y determinar el interés superior del niño en las distintas etapas de los procedimientos de migración y asilo que podrían dar lugar a la detención o la expulsión de los padres [...] Deben establecerse procedimientos para determinar el interés superior en toda decisión que separaría a los niños de su familia (párrs. 29, 31 y 32).

En el mismo sentido, la Corte IDH, al resaltar la importancia del interés superior de la niña y el niño en esta clase de procedimientos, subrayó que

es preciso tener en cuenta que una expulsión puede tener efectos perjudiciales sobre la vida, bienestar y desarrollo de la niña o del niño, por lo que el interés superior debe ser una consideración primordial. [...] la expulsión de uno o ambos progenitores prácticamente en ninguna circunstancia redundaría en el interés superior de la niña o del niño [...] se impone al correspondiente Estado la obligación de realizar una adecuada y rigurosa o estricta ponderación entre la protección de la unidad familiar y los intereses estatales legítimos, correspondiendo determinar, en el contexto de cada caso concreto, que la expulsión de uno o ambos progenitores, no conlleve una injerencia abusiva o arbitraria en la vida familiar de la niña o del niño (Opinión Consultiva OC-21/14, párr. 278).

Ninguno de estos estándares y, por ende, los principios y derechos que buscan proteger fueron tenidos en cuenta por la CSJN. Tampoco, como veremos a continuación, los relativos al derecho a ser oído y a participar en los asuntos que les afecten.

**b) De sujetos de derechos a invisibles:
niñas y niños sin derecho a la participación ni a
ser oídos en procedimientos que afectan sus derechos**

El artículo 12 de la CDN establece la obligación de los Estados de garantizar

el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado.

Al respecto, en la mencionada Observación General Conjunta N° 22 y N° 3 de los comités de Derechos del Niño y de Derechos de Trabajadores Migrantes y sus Familias respectivamente, se subrayó lo siguiente:

Los Estados partes deben adoptar todas las medidas apropiadas para promover y facilitar plenamente la participación de los niños, entre otras cosas brindándoles la oportunidad de ser escuchados en todo procedimiento administrativo o judicial relacionado con su caso o el de sus familias [...] [y] para garantizar el derecho [...] a ser escuchados en los procedimientos de inmigración relativos a sus padres, en particular cuando la decisión pueda afectar a los derechos de los niños, como el derecho a no ser separado de sus padres (párrs. 37 y 38).

En el caso “Otoya Piedra”, la Corte omitió hacer consideración alguna sobre el derecho de los niños y niñas a ser escuchados. No hay referencia en la sentencia al artículo 12 de la CDN y, menos aún, a los estándares que a lo largo de los últimos años han sido desarrollados para asegurar su aplicación a los procedimientos migratorios.

Por otro lado, al confirmar las demás sentencias de los tribunales federales que validaron las decisiones de expulsión y separación familiar dictadas por la DNM, la Corte legitimó una serie de interpretaciones profundamente restrictivas y rotundamente contrarias al derecho a la participación y a ser escuchado.

Por ejemplo, en el marco del caso “Bianchi Fabre”, la Sala IV de la CNACAF buscó descartar los argumentos elaborados por la defensa respecto de los derechos de los niños afectados por la decisión de la autoridad migratoria, destacando que

la Ley 25.871 [migraciones] 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.

A su turno, la Sala II de la CNACAF fue más allá, al señalar que

el marco normativo aplicable no prevé la intervención del Ministerio Pupilar en orden a tutelar los derechos de la hija menor del expulsado, quien no tiene una pretensión autónoma para oponerse a ella ni, por ende, reviste el carácter de parte en los procesos de esta naturaleza [...] la circunstancia de que el actor tuviese un hijo menor, no basta para tenerlo por parte o darle intervención alguna en este proceso.¹⁵

Este rechazo a la participación de las niñas y los niños en procedimientos que pueden afectar severamente un amplio catálogo de derechos, problema que también se verifica en la tramitación administrativa de estos casos –ante la DNM–, evidencia un serio problema y desafío en materia de implementación de la CDN –y, por ende, de obligaciones constitucionales– en materia migratoria.

4. Reflexiones finales

Uno de los tantos cambios democráticos y desde un enfoque de derechos humanos que fueron incluidos en el nuevo marco normativo migratorio, creado a través de la Ley de Migraciones N° 25871, radicó en las disposiciones que, revirtiendo el espíritu de la ley “Videla”, reconocieron el derecho a acceder a la justicia para que esta cumpla su función de contralor del accionar administrativo, especialmente como garante de los derechos de las personas.

A casi veinte años de esta reforma clave para enmarcar la legislación migratoria en la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos, el *raid* restrictivo y regresivo desarrollado por la CSJN, desde octubre de 2021 en adelante –al menos, hasta junio de 2022, al redactar este artículo–, genera una profunda preocupación, por varios motivos.

En primer lugar, estas decisiones reflejan una incidencia silenciosa pero grave del Poder Judicial en el establecimiento de la política migratoria nacional. Los antecedentes analizados conducen a un enfoque regresivo que contradice tanto principios básicos del derecho, como también principios basales de esta política, anclados en la Ley de Migraciones y, a su vez, en el marco constitucional –incluyendo los tratados de derechos humanos– que esa normativa debe respetar y garantizar.

¹⁵ Sala II CNACAF, “Romisoncco Huauya, Jonhy c/ENM-DN” (Expediente No. 37204/2019), 10 de diciembre de 2019.

La CSJN, en lugar de ejercer su rol de garante de derechos y de última instancia de protección judicial, promueve y valida una reforma judicial de la política migratoria, que podría derivar en múltiples cambios restrictivos –normativos y *de facto*–, vulnerando un amplio catálogo de derechos y garantías protegidas constitucionalmente.

En segundo lugar, todas las decisiones coinciden en una evidente pereza argumentativa, que es particularmente grave por todas las omisiones que tienen estas sentencias. Se omiten sin rodeos artículos de la Constitución Nacional y de múltiples tratados internacionales de igual jerarquía; estándares internacionales sobre derechos de personas en contexto de movilidad humana, desarrollados por los sistemas interamericano y universal de derechos humanos; principios centrales del derecho internacional de los derechos humanos, como el interés superior del niño; principios básicos del derecho; otras fuentes del derecho, y múltiples declaraciones del Estado argentino en procesos regionales –por ejemplo, la Conferencia Sudamericana de Migraciones y el MERCOSUR–.

De manera específica, mediante el caso “Huang”, la Corte convierte en imprescriptible una infracción administrativa, la cual persigue en contra del principio de proporcionalidad como si fuera un delito grave, sino de lesa humanidad, ignorando el derecho humano a migrar y múltiples derechos en juego en cada uno de los casos en que aplica la arbitraria posición que presenta en esta sentencia. Asimismo, en unos ciento cincuenta casos posteriores, el tribunal inventa una analogía para negar a esas personas su derecho a la protección judicial.

En el caso “Otoya Piedra”, junto a una veintena de casos posteriores rechazados de forma automática, la Corte retrotrae el derecho a 1989, cuando se aprueba la Convención sobre Derechos del Niño. El tribunal, ignorando principios medulares de este tratado de jerarquía constitucional, evidencia su ignorancia sobre el derecho a la vida familiar, el derecho de la niña o el niño a participar y ser escuchados en los casos que puede afectar sus derechos, y finalmente, valida unos intereses supuestamente “superiores” al niño, y, por ende, vulnera de manera flagrante el principio medular de la Convención.

Bibliografía

Ceriani Cernadas, P. (2022). Los derechos de niños, niñas y adolescentes en contextos de movilidad humana en la jurisprudencia latinoamericana: avances, retos, lagunas y restricciones. En AA.VV., *Acceso a la justicia de las personas migrantes, refugiadas y otras sujetas de protección internacional en las Américas* (pp. 189-195). México: CMW, Sin Fronteras y CICR. Recuperado de <https://www.icrc.org/es/document/acceso-la-justicia-de-las-personas-migrantes-refugiadas-y-otras-sujetas-de-proteccion#:~:text=La%20publicaci%C3%B3n%20%22Acceso%20a%20la,el%20contexto%20de%20la%20movilidad>

----- (febrero de 2016). Ampliación de derechos en tiempos de crisis: la política migratoria argentina desde 2003. *Red Universitaria sobre Derechos Humanos y Democratización para América Latina*, año 5, (8), 14-47. Recuperado de <http://www.unsam.edu.ar/ciep/wp-content/uploads/2017/03/1-Pablo-Ceriani-Cernadas-La-ampliaci%C3%83%C2%B3n-de-derechos-en-tiempos-de-crisis.-La-pol%C3%83%C2%ADtica-migratoria-en-Argentina-desde-2003.pdf>

- Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y del Comité de los Derechos del Niño (2017). *Observación General Conjunta N° 3 CMW y 22 CRC, sobre los principios generales relativos a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional*. Recuperado de <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G17/343/62/PDF/G1734362.pdf?OpenElement>
- (16 de noviembre de 2017). *Observación General Conjunta N° 4 CMW y 23 CRC sobre las obligaciones de los Estados relativas a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional en los países de origen, tránsito, destino y retorno*. CMW/C/GC/4–CRC/C/GC/23. Recuperado de <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G17/343/68/PDF/G1734368.pdf?OpenElement>
- Gargarella, R. (2020). *La derrota del derecho en América Latina. Siete tesis*. Buenos Aires: Siglo XXI.
- Giustiniani, R. (2004). *La migración, derecho humano*. Buenos Aires: Prometeo.
- Odriozola, I. y Salmán, M. (2018). Expulsión de migrantes. CSJN, “Apaza León, Pedro Roberto c/ EN - DNM Disp. 2560/11 (Exp. 39.845/09) s/ recurso directo para juzgados”. *Revista Debates sobre Derechos Humanos*, (2), 41-50. Recuperado de <https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2021/03/doctrina48821.pdf>
- Pinto, M. (1997). El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos. En M. Abregú y C. Courtis (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*. Buenos Aires: Centro de Estudios Legales y Sociales y Editores del Puerto.