



Poder Judicial de la Nación

**CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
FEDERAL- SALA V**

Expte. Nº 3.545/2017

**“PAIVA JARA, c/ EN-M INTERIOR
OP Y V- DNM s/ RECURSO
DIRECTO”**

Buenos Aires, de abril de 2019.-MNP

VISTOS Y CONSIDERANDO:

Los Sres. Jueces de Cámara, Dres. Guillermo F. Treacy y Pablo Gallegos Fedriani dijeron:

I.- Que a fojas 410, la jueza de grado hizo lugar a la oposición formulada por la Dirección Nacional de Migraciones (en adelante, DNM) y rechazó la intervención del Defensor de Menores e Incapaces, en representación de los hijos menores del Sr. PAIVA JARA en el marco del presente proceso.

Al respecto, expuso que “la circunstancia de que el actor tenga hijos menores de edad no basta para concluir que es obligatoria la intervención del Defensor Público de Menores e Incapaces en los términos del art. 103 del Código Civil y Comercial de la Nación, toda vez que los niños no revisten *per se* la condición de parte en el proceso”. Agregó que el actor cuestiona las disposiciones dictadas por la demandada en el marco de la Ley Nº 25.871, el cual 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. Además, expuso que “el interés de los menores se ve amparado en el derecho de ‘reunificación familiar’ consagrado a todo migrante en la ley 25.871 y se encuentra así resguardado por la actuación de su progenitor”.

II.- Que a fojas 411/414 la Defensora Pública Coadyuvante, en representación del actor, interpuso y fundó recurso de apelación contra el rechazo de la intervención del Defensor Público de Menores e Incapaces, remedio que fue contestado por la DNM a fojas 420/424.

Al respecto, señaló que la jueza de grado no valoró el interés superior de los hijos argentinos del accionante, con quienes convive junto a su pareja, de acuerdo con lo previsto en la Opinión Consultiva OC-21/14. Agregó que la cuestión no radicaba en si los niños



eran o no partes del proceso, sino en qué medida su interés superior se vería afectado ante el desmembramiento de la familia. Reseñó lo dispuesto por la citada opinión consultiva y el estándar que debía ser aplicado en el caso. Agregó que la jueza no valoró quién se haría responsable de la manutención económica y cuidado personal de los niños. Citó el artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño, la Ley N° 26.061 y jurisprudencia internacional en apoyo de su postura. Destacó las afectaciones que se producirían en la vida de los niños de confirmarse la expulsión. Por último, expuso que el accionar cuestionado impidió que “se active el mecanismo tendiente a la concreción de la protección antes mencionada, lo cual constituye una violación al derecho de defensa en juicio y debido proceso de los niños aquí involucrados”.

III.- Que a fojas 428 tomó intervención el Fiscal Coadyuvante, quien opinó que la cuestión suscitada era inapelable. Sin perjuicio de ello, en virtud de lo solicitado por esta Sala a fojas 430, dictaminó nuevamente a fojas 431, donde sostuvo que no era necesaria la intervención del Defensor Público de Menores, ya que los menores no eran parte en la presente litis.

IV.- Que en primer lugar, es dable destacar que la cuestión a resolver se circunscribe a determinar si resulta necesaria la intervención del Ministerio Público de Menores e Incapaces y, eventualmente, en qué condiciones esto debe cumplirse. Ello, sin perjuicio del derecho de reunificación familiar que corresponda al accionante, aspecto deberá ser abordado en la resolución definitiva del pleito.

IV.1.- En lo que aquí interesa, el artículo 3° del Convención sobre Derechos del Niño (instrumento que posee jerarquía constitucional, conf. art. 75 inc. 22 de la CN, en adelante CDN) prescribe que en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a la que se atenderá será el interés superior del niño (conf. par. 1). Por su parte, el párrafo 2° de la disposición antes citada, prevé que los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL- SALA V

Por otro lado, el artículo 5º de dicha convención establece que los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente convención. Asimismo, los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar sus relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas (conf. art. 8 par. 1 de la CDN).

En lo que aquí interesa, el artículo 9 de la CDN dispone: “1. Los Estados Partes *velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño.* Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño. /// 2. En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1º del presente artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones” (el destacado no es del original).

Por último, en lo que interesa al caso, el artículo 12 de la CDN establece que “[l]os Estados Partes *garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio del 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. /// 2. 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, en consonancia con las normas de procedimientos de la ley nacional*” (el destacado no es del original).

VI.2.- Conforme surge de la normativa antes citada, el Estado tiene el deber de asegurar la protección y el cuidado necesario para el bienestar de los niños. Ello, debe ser interpretado de acuerdo con los derechos y deberes de los sus padres, habiéndose también comprometido a preservar sus relaciones familiares de conformidad con la



ley sin injerencias ilícitas. En efecto, el Estado se comprometió a velar porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, *tal separación es necesaria en el interés superior del niño*; en tales causas debe oírse a todas las partes, entre ellas, debe considerarse también la opinión libre del niño (conf. arts. 3, 5 y 9 de la CDN).

Asimismo, los instrumentos internacionales de derechos humanos poseen jerarquía constitucional en la condiciones de su vigencia (conf. art. 75 inc. 22 de la CN), motivo por el cual debe considerarse cómo la convención rige en el ámbito internacional, particularmente, debe analizarse su efectiva aplicación por los tribunales competentes para su interpretación y aplicación (conf. Fallos: 318:514; 319:1840; 321:3555; 329:518; entre otros).

Sobre el punto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene dicho que “[e]l principio de interés superior debe ser aplicado en todos los órdenes de la vida de la niña o del niño. En el contexto de la migración, cualquier política migratoria respetuosa de los derechos humanos, así como toda decisión administrativa o judicial relativa tanto a la entrada, permanencia o expulsión de una niña o de un niño, como a la detención, expulsión o deportación de sus progenitores asociada a su propia condición migratoria, debe evaluar, determinar, considerar y proteger en forma primordial el interés superior de la niña o del niño afectado. En estrecha conexión con lo anterior, destaca la obligación de respetar plenamente el derecho de la niña o del niño a ser oído sobre todos los aspectos relativos a los procedimientos de migración y asilo y que sus opiniones sean debidamente tenidas en cuenta” (conf. CIDH, Opinión Consultiva OC-21/14, sobre los Derechos y Garantías de Niñas y Niños en el Contexto de la Migración y/o Necesidad de Protección Internacional, párrafos 70 y 281). Asimismo, en el punto 12 de la opinión, la CIDH concluyó que “[c]ualquier órgano administrativo o judicial que deba decidir acerca de la separación familiar por expulsión motivada por la condición migratoria de uno o ambos progenitores debe emplear un análisis de ponderación, que contemple las circunstancias particulares del caso concreto y garantice una decisión individual, priorizando en cada caso el interés superior del niño o la niña”.

Al respecto, en la Observación General N° 12 (en adelante, OG N° 12, sobre el Derecho del niño a ser escuchado) el Comité





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
FEDERAL- SALA V

de los Derechos del Niño (en adelante, el Comité) expuso que para “el niño expresar sus opiniones es una opción, no una obligación. Los Estados partes deben asegurarse de que el niño reciba toda la información y el asesoramiento necesarios para tomar una decisión que favorezca a su interés superior” (conf. par. 16). Además, aclaró que el término garantizar (previsto en el art. 12 de CDN) implica que “los Estados partes tiene la obligación estricta de adoptar las medidas que convengan a fin de hacer respetar plenamente” el derecho a ser oído (conf. par. 19) y que el derecho de expresar su opinión libremente “significa que el niño puede expresar sus opiniones sin presión y puede escoger si quiere o no ejercer su derecho a ser escuchado (...) también [implica] que el niño no puede ser manipulado ni estar sujeto a una influencia o presión indebidas (...) el niño tiene derecho a expresar sus propias opiniones y no las opiniones de los demás” (conf. par. 22 de la citada OG).

En sentido concordante, con respecto a esto último, la CIDH tiene dicho que “[l]as niñas y los niños deben ser oídos con el objeto de poder resolver de acuerdo a su mejor interés, siendo que incluso las opiniones de sus padres o tutores no pueden reemplazar la de las niñas o niños” (conf. OC-21/14, par. 122, con cita del caso “Atala Riffo y Niñas vs. Chile”, participación de las niñas, resolución del 29/11/11, considerandos 9 a 12).

Asimismo, en la OG N° 12 el Comité destacó que ese derecho debe ser respetado en todos los asuntos que afecten al niño, “condición básica debe ser respetada y comprendida ampliamente” (conf. par. 26), lo cual comprende a los procedimientos iniciados por el niño, como por otras personas que afecten al niño, “como la separación de los padres o la adopción” (conf. par. 33).

Por otro lado, en lo que interesa al caso, la observación general antes citada también indicó que “[u]na vez que el niño haya decidido ser escuchado, deberá decidir cómo se lo escuchará: ‘directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado’ (...) El representante puede ser uno de los progenitores o ambos, un abogado u otra persona (por ejemplo, un trabajador social). Sin embargo, hay que recalcar que en muchos casos (civiles, penales o administrativos) hay riesgo de conflicto de intereses entre el niño y su presentante más obvio (progenitor(es)). Si el acto de escuchar al niño se realiza a través de un representante, es de suma importancia que el representante transmita correctamente las opiniones del niño al responsable de adoptar decisiones.



El método elegido deberá ser determinado por el niño (o la autoridad competente en caso de ser necesario) conforme a su situación particular” (conf. par. 35 y 36).

Asimismo, la “oportunidad de ser representado debe estar ‘en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional’”, lo cual no “debe interpretarse que estos términos permiten utilizar legislación de procedimiento que restrinja o impida el disfrute de ese derecho fundamental” (par. 38 de la OG N° 12). En sentido concordante, en la OG N° 6 (sobre el Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen) prevé que “los Estados deben crear un marco jurídico de base y adoptar las medidas necesarias para que el interés superior del menor no acompañado o separado de su familia esté debidamente representado” (conf. par. 33).

Por último, es dable destacar que en la OG N° 12 el Comité elaboró una serie de condiciones básicas para la observancia del derecho del niño a ser escuchado (v. título D).

VI.3.- En lo que concierne al supuesto de autos, el actor acreditó ser padre de los niños A.G.P. y M.X.D.P. (v. fs. 193, 254, 341 y 344), mientras que el menor I.T.D figura inscripto únicamente como hijo de su concubina, la Sra. (v. fs. 196 y 342).

Por los motivos expuestos, en tanto que el Estado se comprometió a escuchar la opinión libre del niño en todos los procedimientos que lo afecten (conf. art. 12 de la CDN), y en particular, a velar porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, tal separación es necesaria en el interés superior del niño (conf. art. 9 de la CDN; arg. CIDH, OC-21/14, par. 70, 281 y punto 12 de la opinión); corresponde hacer lugar al recurso de apelación interpuesto.

En efecto, “[l]as niñas y los niños deben ser oídos con el objeto de poder resolver de acuerdo a su mejor interés, siendo que incluso las opiniones de sus padres o tutores no pueden reemplazar la de las niñas o niños” (conf. OC-21/14, par. 122, con cita del caso “Atala Riffo y Niñas vs. Chile”, participación de las niñas, resolución del 29/11/11, considerandos 9 a 12).

VII.- Que por los motivos expuestos, toda vez los magistrados no están obligados a seguir a las partes en todas sus





Poder Judicial de la Nación

**CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
FEDERAL- SALA V**

alegaciones sino sólo a tomar en cuenta las que son conducentes para esclarecer los hechos y resolver concretamente el diferendo (Fallos: 319:119; 307:2012; 311:2135), corresponde hacer lugar al recurso de apelación, declarar la nulidad de la resolución apelada y devolver la presente causa a la instancia de grado a fin de que, por quien corresponda, designe un asistente social u otro profesional idóneo en miras a tomar conocimiento sobre el interés del niño de expresar su opinión en el presente litis, de acuerdo con los parámetros mencionados en el presente decisorio, y debiéndose tomar en especial consideración las pautas sentadas en el Título D de la OG N° 12 del Comité de los Derechos del Niño. Asimismo, en caso de que el niño decida expresar su opinión en autos, deberá darse intervención al Defensor Público de Menores e Incapaces de acuerdo con artículo 43 de la Ley N° 27.149. Las costas deben ser soportadas en el orden causado en atención al modo en que se resuelve (con. art. 68 segundo párrafo del CPCCN).

ASÍ VOTAMOS.-

El Sr. Juez de Cámara, Dr. Jorge F. Alemany dijo:

I.- Que, en atención a los términos de los artículo 103 del Código Civil y Comercial de la Nación, y el artículo 43, inciso h, de la Ley N° 27.149, corresponde correr vista al Defensor Público Oficial a los fines que estime corresponder.

ASÍ VOTO.-

De acuerdo con las consideraciones que anteceden, oído el Fiscal Coadyuvante (v. fs. 430), **SE RESUELVE:** Hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por la Defensora Pública Coadyuvante, declarar la nulidad de la resolución apelada y devolver la presente causa a la instancia de grado a fin de que, por quien corresponda, designe un asistente social u otro profesional idóneo en miras a tomar conocimiento sobre el interés del niño de expresar su opinión en el presente litis, de acuerdo con los parámetros mencionados en el presente decisorio, y debiéndose tomar en especial consideración las pautas sentadas en el Título D de la OG N° 12 del Comité de los Derechos del Niño. Asimismo, en caso de que el niño decida expresar su opinión en autos, deberá darse intervención al Defensor Público de Menores e Incapaces de acuerdo con artículo 43 de la Ley N° 27.149. Las costas deben ser soportadas en el orden



causado en atención al modo en que se resuelve (con. art. 68 segundo párrafo del CPCCN).

Regístrese, notifíquese a las partes y al Fiscal
Coadyuvante en su público despacho, oportunamente, devuélvase.-

Guillermo F. TREACY

Jorge F. ALEMANY
(según su voto)

Pablo GALLEGOS FEDRIANI

