



Poder Judicial de la Nación

CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL- SALA

V

EXPTE. N° 17.217/2018/CA1

“W. N. c/ EN-M° INTERIOR OP Y V-DNM s/
RECURSO DIRECTO”

Buenos Aires, de agosto de 2019.-MNP

VISTOS Y CONSIDERANDO:

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

I.- Que a través de la sentencia de fojas 111/113 el juez de grado rechazó el recurso judicial deducido por el Sr. Jin WENG en representación de su hija menor N.W. y confirmó las Disposiciones SDX Nros. 124152/17 y 38087/18 dictadas por la Dirección Nacional de Migraciones (en adelante, DNM), con costas.

En lo que aquí interesa, cabe recordar que por conducto de la primera disposición antes citada, la Administración declaró irregular la permanencia de la menor en el territorio de la República Argentina, ordenó su expulsión y prohibió su reingreso por el término de 5 (cinco) años.

Para decidir como lo hizo, el juez a quo sostuvo que “la actividad estatal de la Administración tiene como uno de sus rasgos distintivos su carácter potestativo; es decir, la atribución de imponer conductas obligatorias de modo unilateral por razones de interés público”. Agregó que ello “le permite hacer prevalecer su decisión y generar correlativamente un estado de sujeción; configurado sustancialmente como un deber de obedecer” (v. fs. 112). Además, recordó que los actos administrativos están sujetos al control judicial y, en cuanto al caso particular, consideró que las disposiciones atacadas cumplían con los requisitos propios del acto administrativo (conf. arts. 7 y 8 de la Ley N° 19.549).

En este sentido, luego de recordar el impedimento previsto en el artículo 29 inciso k) de la Ley N° 25.871, destacó que la menor N.W. declaró haber ingresado al país en micro y cruzado la frontera sin que le requiriera el pasaporte, declaración que fue firmada por su padre en su representación. De este modo, consideró que en el sub lite, en tanto la actora admitió haber ingresado eludiendo el control migratorio, resultaba suficientemente verificada la causal antes indicada. Por último, destacó que la niña no acreditó estar incluida en ninguna causal de dispensa de la expulsión.

II.- Que disconformes con dicha decisión, el Sr. WENG interpuso, en representación de su hija N.W., recurso de apelación y expresó agravios a fojas 122/123.

En dicho memorial, el Sr. WENG destacó que se encuentra viviendo en el país “junto a mi esposa y mi hijo, mi hija a quien represento en estos Autos, y mi nieto”. Agregó que su “hija es menor de edad y por lo tanto no puede ser expulsada sin sus



padres”, lo cual consideró violatorio de la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos y la Ley Nº 25.871. Además, denunció como hecho nuevo el nacimiento su nieto, ya que su hijo menor N.W. fue padre de un niño argentino B.W. por lo cual consideró verificado el supuesto de dispensa de la expulsión por reunificación familiar.

III.- Que a fojas 126/132 apeló y expresó agravios el Defensor Público Coadyuvante de la Defensoría Pública Oficial ante los Tribunales Federales como representante promiscuo de la menor N.W.

Allí, expuso que el juez de grado violó los derechos humanos de su representada ya que dictó una resolución carente de fundamentación, omitiendo, de este modo realizar el control de convencionalidad de las disposiciones impugnadas e infringiendo el debido proceso. Citó jurisprudencia internacional en apoyo de su postura. Por otro lado, destacó que el magistrado no hizo ninguna mención a los argumentos esgrimidos por su parte vinculados al derecho de la niña de continuar viviendo junto a su grupo familiar e indicó que en la decisión recurrida se “reiteran los mismo argumentos que se utilizan para convalidar órdenes de expulsiones de adultos sin advertir que en el *sub lite* se está expulsando a una menor de edad” (v. fs. 127).

Además, señaló que la sentencia apelada no tuvo en cuenta los límites establecidos por el derecho internacional de los derechos humanos a la facultad del estado de expulsar migrantes en función de sus vínculos familiares. Citó jurisprudencia y los instrumentos de derechos humanos en apoyo de su postura. Agregó que “la niña ingresó a la Argentina con tan sólo 14 años de edad y sin conocer el idioma, en un micro a través de la frontera con Bolivia. Su corta edad y su imposibilidad de hablar el idioma tuvieron como consecuencia que no supiese que estaba ingresando al Estado de forma irregular”. También destacó que la sentencia impugnada omitió valorar el interés superior de la niña y el derecho a vivir y crecer junto con su grupo familiar.

IV.- Que a fojas 134/145 contestó agravios la DNM, cuyos argumentos se tienen aquí por reproducidos en razón de la brevedad.

V.- Que recibida la presente causa ante la Sala III de este Fuero (v. fs. 149), el Fiscal General tomó intervención a fojas 150. En virtud de lo expuesto en dicho dictamen, el citado tribunal dispuso la remisión de la presente causa a esta Sala en atención a la conexidad con los autos “WENG Jin c/ EN-M Interior OP y V –DNM s/ Recurso Directo DNM” (Expte. Nº 45.984/17), correspondiente al padre de la menor involucrada.





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL- SALA

V

VI.- Que a fojas 163 se presentó la Defensora Pública Oficial ante los Tribunales Federales y acompañó copia del acta de la audiencia celebrada con la menor N.W. (de fecha 28/09/18) a los fines garantizar su derecho a ser oída y donde manifiesta su expresa voluntad de no ser expulsada. En efecto, conforme surge del acta agregada a fojas 160, la menor “exteriorizó su deseo de permanecer en la Argentina y no ser expulsada. Relató que llegó a este país hace dos años y que desde entonces está estudiando español de manera particular con la ayuda de sus familiares -en especial, su tío y primos que cuentan con radicación en Argentina- ya que es su deseo tener un manejo fluido del idioma castellano para proyectar su futuro en este país. Destacó que convive con su padre, su madre, hermano y su sobrino argentino en un inmueble amplio con varios ambientes. Asimismo, que tiene muchos amigos en el país, algunos de los cuales conocía previamente porque vivían en la misma ciudad en su país de origen. Señaló que desea convivir en nuestro país junto con toda su familia, pero ante la posibilidad de que su padre sea expulsado, manifestó que desearía permanecer en la Argentina con su madre y el resto del grupo familiar” (v. fs. 160).

VII.- Que a fojas 167/168 tomó nuevamente intervención el Fiscal Coadyuvante de Cámara, en donde opinó sobre el argumento relativo a la reunificación familiar invocado en autos, cuyos términos se tienen aquí por reproducidos.

VIII.- Que a fojas 175/176, en concordancia con el dictamen fiscal (v. fs. 172/173), esta Sala declaró la conexidad de la presente causa con los autos “WENG Jin” (Expte. N° 45.984/17) y -en atención lo emergente del sistema informático- solicitó la remisión de la causa “CHEN Zhu c/ EN-M Interior OP y V – DNM s/ Recurso Directo”, Expte N° 61.150/17, correspondiente a la madre de la aquí actora.

IX.- Que a fojas 186/187 se presentó nuevamente la DNM y solicitó que se declarara abstracto el presente proceso.

En este sentido, sostuvo que a partir del dictado de la Disposición SDX N° 70640/19, “[n]o existe una acción por parte del actor”. Agregó que “ya no existe la posibilidad de que una decisión judicial tenga algún efecto práctico sobre los hechos del caso, mucho menos sobre las costas cuya accesoriidad debe necesariamente surgir del propio derecho reconocido o resguardado”.

Corrido el pertinente traslado, a fojas 198 la Defensora Pública Oficial se opuso al pedido de declaración del proceso como abstracto. Al respecto destacó que el acto emitido por la DNM “implica un claro reconocimiento de que al momento de adoptar la Disposición SDX N° 38087 que en este expediente judicial se cuestiona no tuvo en cuenta la condición de niña/adolescente de mi defendida, con lo cual, en cierto modo, reconoce lo



expresado por esta parte al impugnar dicho acto administrativo por violar los derechos de una persona menor de edad". Agregó que la demandada no dejó sin efecto la orden de expulsión, lo cual impedía que la pretensión deducida se tornara abstracta.

X.- Que en el marco del Expediente N° 45.984/17, la DNM informó la retención del Sr. WENG a los fines de proceder a su expulsión, motivo por el cual esta Sala remitió la presente causa a la Defensoría Pública Oficial ante los Tribunales Federales a fin de que tomara conocimiento de lo informado (v. fs. 202). Ahora bien, el órgano antes citado solicitó la suspensión de la expulsión y liberación del padre de la menor aquí involucrada (v. fs. 203/205).

XI.- Que a fojas 207/211 esta Sala, tras considerar verificados los supuestos de excepción que habilitaban al dictado de la cautelar (conf. arts. 2 y 4 de la Ley N° 26.854), hizo lugar parcialmente a la medida solicitada por la Defensora Pública Oficial y dispuso la suspensión de la expulsión del Sr. WENG hasta tanto recayera sentencia definitiva en la presente causa y reanudó el llamado de autos a sentencia efectuado a fojas 199.

XII.- Que a fojas 215/218 se presentó nuevamente la DNM e interpuso una revocatoria *in extremis* contra la medida cautelar dictada en autos. En este sentido, expuso que esta Sala incurrió en un prejuzgamiento de la cuestión de fondo e invocó que, en atención a lo decidido en la Disposición SDX N° 70640/19, no se verificaban los requisitos para el dictado de la medida cautelar. Alegó que la cuestión que esta Sala decidió no se encontraba sometida a su decisión, por lo cual consideró vulnerado el principio de congruencia, e insistió en que la causa debió ser declarada abstracta. Citó jurisprudencia en apoyo de su postura.

XIII.- Que a fojas 221 se presentó nuevamente la Defensora Pública Oficial ante los Tribunales Federales y acompañó copia del acta de la audiencia celebrada con la menor N.W. con fecha 15 de julio del corriente.

En dicho documento, la menor reiteró "su deseo de permanecer en la Argentina y no ser expulsada. Relató que llegó a este país hace tres años y que desde entonces está estudiando español de manera particular y que hizo muchos amigos. Destacó que convive con su hermano y su sobrino argentino en un inmueble en la localidad de Lanús. Habiendo sido su madre expulsada a China y, ante la posible expulsión de su padre, se le consultó si, aun sin poder convivir con sus progenitores, desea quedarse en Argentina, a lo que respondió que volver a China después de tantos





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL- SALA
V

años sería un retroceso para su vida y que su deseo es continuar sus estudios en este país y cuando alcance la mayoría de edad, trabar en algún negocio chino” (v. fs. 219).

XIV.- Que tal como ha quedado planteada la litis, conviene efectuar una breve reseña de las constancias de la causa.

En primer lugar, el procedimiento migratorio fue iniciado por el Sr. WENG en representación de su hija menor N.W., a fin de regularizar su condición migratoria (v. acta obrante a fs. 42 vta./43), con fecha 15 de diciembre de 2016. Por lo tanto, al momento de realizarse esa presentación, la joven tenía 15 años (v. pasaporte agregado a fs. 46), *siendo menor de edad aún al momento de dictarse el presente decisorio.*

Ahora bien, en lo que aquí interesa, la DNM a través de la Disposición SDX N° 124152/17 declaró irregular la permanencia en el territorio de la República Argentina de la menor N.W., ordenó su expulsión y prohibió su reingreso por el término de 5 (cinco) años (v. fs. 56/57). Lo allí decidido, se basó en el impedimento previsto en el artículo 29 inciso k) de la Ley N° 25.871, en tanto la involucrada había ingresado irregularmente al país, sin hacer ninguna mención particular al hecho de que se trataba de una menor de edad.

A partir de ello, de la lectura del acto administrativo cuestionado, es posible adelantar que la Administración no tuvo en cuenta (al momento de resolver) que la situación planteada involucraba a una menor de edad, como así tampoco tuvo en cuenta los derechos consagrados en los instrumentos internacionales de derechos humanos, ni en el derecho interno, en favor de las niñas, niños y adolescentes, cuyas disposiciones se reseñarán seguidamente.

Dicha omisión también se observa en la Disposición SDX N° 038087/18, en la cual el Director Nacional de Migraciones rechazó el recurso jerárquico interpuesto por el Sr. WENG en representación de su hija menor (v. fs. 82/83). En efecto, la Administración se limitó a afirmar que “no se agregan elementos que permitan modificar lo resuelto en autos”, sin mayores consideraciones (v. fs. 82 vta.).

Por otra parte, no se encuentra controvertido, que la DNM expulsó a la Sra. Zhu CHEN, madre de la aquí actora, con fecha 17 de enero de 2019 (v. fs. 124 del Expediente N° 61.150/17). Tampoco es un extremo en discusión que la Administración procedió a la retención del Sr. WENG, padre de la joven aquí involucrada (a los efectos de cumplir con su expulsión), medida que fue suspendida por esta Sala en la resolución obrante a fojas 207/211.

Además, no está cuestionado que por conducto de la Disposición SDX N° 070640/19 (v. fs. 182bis/183), la DNM dispuso la suspensión de las actuaciones administrativas relativas a la actora “hasta tanto nuevos elementos ameriten proseguir las mismas o bien se alcance la mayoría de edad”.



XV.- Que a la luz de las circunstancias antes mencionadas, conviene efectuar una reseña de la normativa relativa a los derechos de las niñas, niños y adolescentes y el derecho de reunificación familiar que inciden en la solución del caso.

XV.1.- En primer lugar, cabe recordar que el artículo 14 bis de la CN establece que el Estado debe garantizar “la protección integral de la familia”. En igual sentido, los instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional también reconocen -en favor de toda persona- el deber del Estado de promover medidas de protección a la familia y el derecho su constitución como elemento natural y fundamental de la sociedad que debe ser protegido por la sociedad y por el Estado (conf. arts. V y VI de la CADDH; arts. 12 y 16 ap. 1 y 3 de DUDH; art. 17 de la CADH; y arts. 17 y 23 del PIDCP); a la que se le debe otorgar la más amplia protección y asistencia posibles (art. 10:1 del PIDESC; art. 75 inc. 22 de la CN).

Por otro lado, en el caso de autos, corresponde también estar a lo dispuesto en la Convención sobre Derechos del Niño, la cual resulta aplicable a cada niño sujeto a jurisdicción de los Estados parte, “sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el *nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales*” (conf. art. 2 párr. 1º, el destacado nos pertenece).

En lo que aquí interesa, el artículo 3º de la Convención antes citada establece que “1. *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*” (el destacado no es del original). Además, el párrafo 2º del mencionado artículo establece que “[l]os 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”. En concordancia con ello, el artículo 5º de la convención antes indicada establece que “[l]os 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”.

Por otra parte, el artículo 9º de la Convención sobre Derechos del Niño - en lo que aquí interesa- dispone: “1. Los *Estados partes velarán por que el niño no sea*





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL- SALA

V

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 (...) 3. *Los Estados partes respetarán el derecho del niño que éste separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño*” (el destacado no es del original).

Además, el artículo 10 de la Convención antes citada establece que “1. De conformidad con la obligación que incumbe a los Estados partes a tenor de lo dispuesto en parr. 1 del art. 9º, *toda solicitud hecha por un niño o por sus padres para entrar en un Estado parte o para salir de él a los efectos de la reunión de la familia será atendida por Estados partes de manera positiva, humanitaria y expeditiva*” (el destacado nos pertenece).

Asimismo, cabe recordar que los instrumentos internacionales de derechos humanos antes citados, deben ser aplicados -por voluntad expresa del constituyente- en las condiciones de su vigencia (conf. art. 75 inc. 22 de la CN), esto es, tal como rige efectivamente en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación por los tribunales internacionales competentes para su interpretación (Fallos: 318:514; 319:1840; 321:3555).

En este sentido, con respecto a situaciones como las que se encuentran en estudio, el Comité de Derechos del Niño se expidió en la Observación General N° 6 (2005) relativa al Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen.

En lo que aquí interesa, el Comité recordó que la Convención de Derechos del Niño resulta aplicable a todos los menores -salvo expresa previsión en contrario- con independencia de su nacionalidad o apatridia, *y situación en términos de inmigración*. Asimismo, destacó que las “obligaciones resultantes de la Convención en lo que concierne a los menores no acompañados y separados de su familia se extienden a todos los poderes del Estado (ejecutivo, legislativo y judicial)”, las cuales “tienen carácter tanto negativo como positivo, pues obligan a los Estados no sólo a abstenerse de medidas que infrinjan los derechos de los menores, sino también *a tomar medidas que garanticen el disfrute de estos derechos sin discriminación*” (conf. parr. 13, el destacado no es del original).

En efecto, indicó que “[l]as referidas responsabilidades no se circunscriben a dar protección y asistencia a los menores que están ya en situación de no acompañados o separados de su familia, *pues incluyen también medidas preventivas de la separación*” (el destacado no es del original). Agregó que “[e]l aspecto positivo de estos deberes de protección incluye también que los Estados han de tomar todas las



disposiciones necesarias para identificar a los menores en situación de no acompañados o separados de su familia lo antes posible (...) a procurar la localización y, *si resulta posible y redundante en el interés superior del menor, reunir lo antes posible a éste con su familia*” (el destacado nos pertenece, conf. párr. 13 de la OG N° 6/05).

Además, el Comité resaltó el interés superior del niño como consideración primordial en la búsqueda de soluciones a corto y a largo plazo frente a dichas situaciones (conf. art. 3 de la CDN y título c) de la mencionada OG).

En este sentido, sostuvo que “[l]a determinación del interés superior del niño exige una evaluación clara y a fondo de la identidad de éste y, en particular, de su nacionalidad, crianza, antecedentes étnicos, culturales y lingüísticos, así como las vulnerabilidades y necesidades especiales de protección” (conf. párr. 20). Por otra parte, destacó que “[e]l objetivo final de regular la situación de los menores no acompañados o separados de su familia es identificar una solución duradera que resuelva todas sus necesidades de protección, tenga en cuenta las opiniones del menor y, en su caso, conduzca a resolver la situación del menor acompañado o separado de su familia. Los intentos de hallar soluciones duraderas para los menores no acompañados o separados comenzarán y se pondrán en práctica sin dilación y, de ser posible, inmediatamente después de que se determine que se trata de un menor no acompañado o separado de su familia. De acuerdo con un criterio basado en los derechos, *la búsqueda de una solución duradera comienza con un análisis de las posibilidades de reunificación familiar*” (el destacado no es del original, OG N° 6/05, párr. 79).

En lo que al punto respecta, señaló que “[c]on objeto de respetar plenamente la obligación que impone a los Estados el artículo 9 de la Convención de impedir que un menor sea separado de sus padres contra la voluntad, *debe procurarse por todos los medios que el menor no acompañado o separado se reúna con sus padres salvo cuando el interés superior de aquél requiera prolongar la separación, habida cuenta del derecho del menor a manifestar su opinión*” (conf. párr. 81).

Con relación a la solución relativa a disponer al retorno del menor al país de origen, el Comité expuso que éste “no entra en consideración si produce un ‘riesgo razonable’ de traducirse en la violación de los derechos humanos fundamentales del menor y, en particular, si es aplicable el principio de no devolución. *El retorno al país de origen sólo podrá contemplarse en principio si redundante en el interés superior del menor. A fin de determinar esta circunstancia, se tendrá en cuenta, entre otras cosas:*”

“- La seguridad personal y pública y otras condiciones, en particular socioeconómicas, que encontrará el niño a su regreso, efectuando, en su caso, las organizaciones sociales un estudio sobre las condiciones del país;”

“- La existencia de mecanismos para la atención individual del menor;”





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL- SALA
V

“- Las opiniones del menor manifestadas al amparo de su derecho en virtud del artículo 12, así como las de las personas que le atienden”;

“- El nivel de integración del menor en el país de acogida y el período de ausencia de su país de origen;”

“- El derecho del menor a ‘preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares’ (art. 8);

“- La ‘conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño’ y se preste atención ‘a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico’ (art. 20).” (conf. parr. 84 de la OG N° 06/05).

Por último, en lo que aquí interesa, el Comité destacó que *“[e]xcepcionalmente, el retorno al país de origen podrá decidirse, una vez ponderados debidamente el interés superior del menor y otras consideraciones, si esta últimas están fundadas en derechos y prevalecen sobre el interés superior del menor. Así puede suceder cuando éste representa un grave peligro para la seguridad del Estado o de la sociedad. Los argumentos no fundados en derechos, por ejemplo, los basados en la limitación general de la inmigración, no pueden prevalecer sobre las consideraciones fundadas en el interés superior”* (conf. OG N° 6/05, parr. 86, el destacado nos pertenece).

XV.2.- En lo que respecta al derecho interno, la Ley de Migraciones N° 25.871 prevé entre sus objetivos el de “[f]ijar las líneas de políticas fundamentales y sentar las bases estratégicas en materia migratoria, y dar cumplimiento a los compromisos internacionales de la República en materia de derechos humanos, integración y movilidad de los migrantes”; como así también el de “[g]arantizar el ejercicio del derecho a la reunificación familiar” (conf. art. 3 incs. a) y d) de la citada ley). Dichos principios se mantienen en la redacción prevista en el Decreto N° 70/17.

En consonancia con ello, el artículo 29 *in fine* de la citada ley prevé -con carácter excepcional- la dispensa de la expulsión con motivo de reunificación familiar, supuesto que también está consagrado en la redacción del Decreto N° 70/17.

Por otro lado, también resulta aplicable en autos la Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes N° 26.061, cuyo artículo 2° establece que “[l]a Convención sobre los Derechos del Niño es de aplicación obligatoria en las condiciones de su vigencia, en todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que se adopte respecto de las personas hasta los dieciocho años de edad. Las niñas, niños o adolescentes tienen derecho a ser oídos y atendidos cualquiera sea la forma en que se manifiesten, en todos los ámbitos. /// Los derechos y las garantías de los sujetos de esta ley son de orden público, irrenunciables, interdependientes, indivisibles e intransigibles”.

Asimismo, el artículo 3° de la citada ley establece -en lo que aquí interesa- que “[a] los efectos de la presente ley se entiende por interés superior de la niña, niño y



adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta Ley. /// Debiéndose respetar: /// a) Su condición de sujeto de derecho; /// b) El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta; /// c) El respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural; /// d) Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales; e) El equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común; f) Su centro de vida. Se entiende por centro de vida el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia". Además, aclara que dicho "principio rige en materia de patria potestad, pautas a las que se ajustarán el ejercicio de la misma, filiación, restitución del niño, la niña o el adolescente, adopción, emancipación y toda circunstancia vinculada a las anteriores cualquiera sea el ámbito donde deba desempeñarse. /// *Cuando exista un conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros*" (el destacado no es del original).

Por otro lado, el artículo 5º de la ley antes citada, prescribe -en lo que interesa en el caso- que en la "formulación y ejecución de políticas públicas y su prestación, es prioritario para los Organismo del Estado mantener siempre presente el interés superior de las personas sujetos de esta ley y la asignación privilegiada de los recursos públicos que las garanticen. /// Toda acción u omisión que se oponga a este principio constituye un acto contrario a los derechos fundamentales de las niñas, niños y adolescentes".

Además, el artículo 7º del citado plexo legal dispone que "[l]a familia es responsable en forma prioritaria de asegurar a las niñas, niños y adolescentes el disfrute pleno y el efectivo ejercicio de sus derechos y garantías. /// El padre y la madre tienen responsabilidades y obligaciones comunes e iguales en lo que respecta al cuidado, desarrollo y educación integral de sus hijos. /// Los Organismos del Estado deben asegurar políticas, programas y asistencia apropiados para que la familia pueda asumir adecuadamente esta responsabilidad, y para que los padres asuman, en igualdad de condiciones, sus responsabilidades y obligaciones". Tales obligaciones también se encuentran contemplados en el Código Civil y Comercial de la Nación (v. arts. 638 y ss.).

En concordancia con los derechos antes enunciados, el artículo 10 de la ley mencionada prescribe que "[l]as niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la vida privada e intimidad de y en la vida familiar. /// Estos derechos no pueden ser objeto de injerencias arbitrarias o ilegales". Además, establece que *las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la preservación de sus relaciones familiares de conformidad con la ley* y los "Organismos del Estado deben facilitar y colaborar en la búsqueda, localización u obtención de información, de los padres u otros familiares de las niñas, niños y





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL- SALA
V

adolescentes *facilitándoles el encuentro o reencuentro familiar*". Ello, en tanto que la menor, *tiene derecho a "crecer y desarrollarse en su familia de origen, a mantener en forma regular y permanente el vínculo personal y directo con sus padres*, aun cuando éstos estuvieran separados o divorciados, o pesara sobre cualquiera de ellos denuncia penal o sentencia, *salvo que dicho vínculo, amenazare o violare alguno de los derechos de las niñas, niños y adolescentes que consagra la ley. ///* En toda situación de institucionalización de los padres, los Organismos del Estado deben garantizar (...) el vínculo y el contacto directo y permanente con aquellos, siempre que no contrarie el interés superior del niño. /// Sólo en los casos en que ello sea imposible y en forma excepcional tendrán derecho a vivir, ser criados y desarrollarse en un grupo familiar alternativo o a tener una familia adoptiva, de conformidad con la ley" (conf. art. 11 de la Ley N° 26.061).

Asimismo, el artículo 29 de la ley citada establece que "[l]os Organismos del Estado deberán adoptar todas las medidas administrativas, legislativas, judiciales y de otra índole, para garantizar el efectivo cumplimiento de los derechos y garantías reconocidas en esta ley". También dispone -en lo que aquí interesa- que "[c]omprobada la amenaza o violación de derechos, deben adoptarse, entre otras, las siguientes medidas: /// a) Aquellas tendientes a que las niñas, niños o adolescentes permanezcan conviviendo con su grupo familiar".

Por último, el citado plexo legal, expresamente prevé el dictado de medidas excepcionales "cuando las niñas, niños y adolescentes estuvieran temporal o permanentemente privados de su medio familiar o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio" (conf. art. 39), las cuales se encuentran sujetas a los criterios establecidos en su artículo 41 inciso b), en particular disponen que "[s]ólo en forma excepcional, subsidiaria y por el más breve lapso posible puede recurrirse a una forma convivencial alternativa a la del grupo familiar, *debiéndose propiciar, a través de mecanismos rápido y ágiles, el regreso de las niñas, niños y adolescentes a su grupo o medio familiar y comunitario*" (el destacado no es del original).

XVI.- Que tal como fue antes advertido, conforme surge de las constancias de la causa, la DNM en las Disposiciones SDX Nros. 124152/17 y 38087/18 no tuvo en cuenta los principios y derechos que la Constitución Nacional, los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos y el derecho interno consagran en favor de la adolescente involucrada en autos, como así tampoco de las obligaciones que posee el Estado frente a situaciones como las aquí planteadas.

Ello así, debido a que la Administración no valoró la minoridad de la actora al momento de decidir su expulsión, cuestión que tampoco fue analizada al momento de resolver los actos administrativos correspondientes a la expulsión de sus



padres, ya que resolvió de forma aislada la condición migratoria de cada uno de los integrantes del grupo familiar, dejando a la menor en una situación de desamparo y vulnerabilidad.

En efecto, la DNM no tuvo en cuenta para resolver el principio de reunificación familiar y la protección que el grupo familiar merecía (conf. art. 14 bis de la CN; arts. V y VI de la CADDH; arts. 12 y 16 ap. 1 y 3 de DUDH; art. 17 de la CADH; y arts. 17 y 23 del PIDCP); a la que se le debe otorgar la más amplia protección y asistencia posibles (art. 10:1 del PIDESC; art. 75 inc. 22 de la CN).

Asimismo, al omitir valorar la edad de la menor, dicho organismo tampoco cumplió con el deber de protección y cuidado que el Estado se comprometió a asegurar a los niños, como así también vulneró los derechos y deberes de sus padres (conf. art. 3 y 5 de la Convención sobre Derechos del Niño; art. 7 de la Ley N° 26.061 y art. 638 y ss. del CCyCN), sin disponer de ninguna medida de acción positiva de protección con respecto a la menor.

En efecto, al desentenderse de las circunstancias de autos y resolver aisladamente la situación de los integrantes del grupo familiar, la DNM tampoco determinó quien se haría cargo de los deberes de cuidado, desarrollo, educación y alimentación que correspondían a sus progenitores, dejando en una situación de extrema vulnerabilidad a la menor, circunstancia que resulta incompatible con sus derechos humanos.

De igual modo, la demandada también incumplió con el deber de velar por que el niño no sea separado de sus padres contra su voluntad, no tuvo en cuenta su interés superior para decidir como lo hizo, ni el derecho de la niña a mantener relaciones personales y contacto con ambos padres de manera regular. Tampoco tuvo en cuenta la obligación que poseía de facilitar el reencuentro familiar (conf. art. 9 de la CDN; arts. 10 y 11 de la Ley N° 26.061). Además, no tuvo en cuenta la obligación que recaía sobre su parte de abstenerse de dictar medidas que infringieran los derechos de la menor, no adoptó medidas preventivas de la separación del grupo familiar (conf. OG N° 6/05, párr. 13), ni advirtió que debe procurarse por todos los medios que el menor separado de sus padres se reúna con ellos, salvo cuando su interés superior así lo requiera, supuesto que no se verifica en autos (conf. OG N° 06/05, párr. 81).

Además, al momento de disponer su retorno al país de origen, la DNM no analizó el interés superior de la niña N.W., ni los riesgos que ello podría conllevar de acuerdo con el estándar sentado por el Comité de Derechos del Niño en el párrafo 84 de la Observación General N° 06/05. En este sentido, cabe destacar que -de acuerdo con lo expuesto por dicho órgano internacional- el retorno al país de origen del menor debe ser excepcional y sólo puede decidirse ponderando el interés superior del niño (quien en este caso manifestó su deseo de permanecer en el país), sin que pueda prevalecer la política





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL- SALA
V

migratoria general dispuesta por el Decreto N° 70/17 por sobre el interés superior de la menor (conf. OG N° 06/05, párr. 86).

Por otro lado, la mera invocación de la Convención sobre Derechos del Niño, efectuada en la Disposición SDX N° 070640/19 (v. fs. 182bis/183), tampoco constituye una adecuada aplicación en el caso de los derechos citados en favor de la menor aquí involucrada.

En efecto, la decisión allí adoptada, esto es la suspensión del procedimiento migratorio hasta que adquiera la mayoría de edad, en modo alguno puede tornar abstracta la pretensión en estudio (tal como lo invoca la demandada en su presentación de fs. 186/187), ya que lo allí decidido no implica el reconocimiento de los derechos invocados por la accionante, sino por el contrario una perpetuación de la vulneración de los derechos que le asisten en su condición de niña de acuerdo con los instrumentos internacionales antes mencionados y los principios consagrados en la Ley N° 25.871 y la Ley N° 26.061.

Por último, cabe destacar que las decisiones cuestionadas en modo alguno pueden estar justificadas en la potestad del Estado en fijar sus políticas migratorias.

Ello así, debido a que si bien -en el ejercicio de su facultad de fijar políticas migratorias- los Estados pueden establecer mecanismos de control de ingreso a su territorio y salida de él con respecto a personas que no sean nacionales suyas, *ellas siempre debe ser compatibles con las normas de protección de los derechos humanos establecidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. De este modo, si bien los Estados guardan un ámbito de discrecionalidad al determinar sus políticas migratorias, *los objetivos perseguidos por las mismas deben respetar los derechos humanos de las personas migrantes* (conf. CIDH, Opinión Consultiva OC-18/03, Condición Jurídica y Derechos de los Inmigrantes Indocumentados, párr. 168; Caso Vélez Loor vs. Panamá, sentencia del 23 de noviembre de 2010, párr. 97; Opinión Consultiva OC-21/14, Derechos y Garantías de Niñas y Niños en el Contexto de la Migración y/o Necesidad de Protección Internacional, párr. 39; y Caso Nadege Darzema y otros vs. República Dominicana, sentencia del 24 de octubre de 2012, párr. 175), aspecto que -como surge de la reseña que antecede- no se encuentra debidamente cumplido en el caso en estudio.

De acuerdo con lo antes expuesto, en tanto la Administración omitió analizar las circunstancias antes indicadas y disponer la aplicación de la dispensa por reunificación familiar (conf. art. 29 *in fine* de la Ley N° 25.871), las Disposiciones SDX Nros. 124152/17, 38087/18 y 070640/19 poseen un graves vicios en su causa y son violatorias de las leyes aplicables, lo cual acarrea su declaración de nulidad absoluta e insanable (conf. art. 7 incs. b) y e) y art. 14 inc. b) de la Ley N° 19.549).



XVII.- Que por los motivos expuestos, y toda vez que los magistrados no están obligados a seguir a las partes en todas sus 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 a los recursos de apelación interpuestos por Sr. WENG y por la Defensora Pública Oficial, ambos en representación de la menor N.W., y disponer el reenvío de la presente causa a la DNM a fin de que dicte un nuevo acto conforme a derecho, debiendo analizar su situación al momento de solicitud de regularización migratoria y el interés superior que la niña manifestó en la presente causa (v. fs. 160 y 220; conf. Sala I *in re*: “Y. J. c/ EN-M INTERIOR OP Y V-DNM s/RECURSO DIRECTO DNM”, Expte. N° 17358/2018, sentencia del 19/05/19). De este modo, la Administración deberá resolver de acuerdo con los derechos que le asisten a la menor a la luz de los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos mencionados en el presente decisorio, la Ley N° 25.871 y la Ley N° 26.061, sin perjuicio de la mayoría de edad que pudiera adquirir la solicitante en el futuro.

Por otro lado, no obstante lo decidido por esta Sala con respecto al Sr. WENG en el marco de la causa N° 45.984/17, en donde no se puso en conocimiento de este Tribunal la existencia de la menor N.W. (ni de su hermano también menor); a fin de garantizar la derecho de reunificación familiar (conf. 29 *in fine* de la Ley N° 25.871) y velar por que el niño no sea separado de su padre (conf. art. 9 de la CDN), en uso de las facultades previstas en el artículo 39 de la Ley N° 26.061 (como así también de los principios y derechos reseñados en el presente decisorio) corresponde ordenar a la DNM que disponga de las medidas necesarias para disponer la liberación del Sr. WENG y regularizar la situación migratoria del grupo familiar con miras a propiciar el regreso de los menores a su grupo o medio familiar (arg. art. 41 inc. b) de la Ley N° 26.061).

ASÍ VOTAMOS.-

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

I.- Que coincido con lo expuesto en el voto precedente en cuanto a que el caso no ha devenido abstracto, porque subsiste el gravamen suscitado por la decisión de expulsión; ya que mediante la decisión posterior agregada en copia a fs. 182 bis/183 la Dirección Nacional de Migraciones se ha limitado a suspenderla hasta que se incorporen nuevos elementos de prueba o la recurrente cumpla la mayoría de edad; es decir, no la ha revocado sino que le ha impuesto un plazo cierto de cumplimiento.

También comparto lo expresado con respecto a que los procedimientos tendientes a la determinación de la permanencia irregular y las consiguientes decisiones de expulsión de la señora Zhu Chen y del señor Jin Weng, es decir, de la madre y del padre de la recurrente, tramitaron de manera independiente y con prescindencia del hecho de que esta última es menor de edad; cuando debieron haber tramitado de manera





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL- SALA

V

simultánea y eventualmente podían haber concluido en la revocación de las expulsiones, o bien -de corresponder- en la expulsión conjunta, para evitar la separación de la familia.

Tampoco es posible pasar por alto que las decisiones de expulsión relacionadas con la madre y el padre de la menor han sido oportunamente recurridas y confirmadas, y aquella fue expulsada; sin que conste que se haya solicitado la anulación de los procesos respectivos.

II.- Que en el presente caso tramita el recurso contra la decisión de expulsión fundada en la causal prevista en el artículo 29, inciso k, de la ley 25.871, y al impugnar ese acto administrativo, entre otras razones, se argumenta que el ingreso por un lugar no habilitado no puede serle imputado a la recurrente, debido a que entró al país a los catorce años de edad y traída por sus padres, cuestión que exige examinar si se trata de una medida tendiente al mero restablecimiento de la legalidad o constituye una sanción (Rebollo Puig; “Derecho Administrativo Sancionador”, pág. 92. Ed. Lex Nova, 2010).

III.- Que, además, y de acuerdo con lo establecido en el artículo 3º y 9º de la Convención de los Derechos del Niño, aprobada por la ley 23.839, en todas las medidas que se adopten se deberá atender de manera primordial al interés superior de niño y, en particular “Los Estados Partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos”. En el mismo sentido, en el artículo 3º, inciso d), 29, y 62 de la ley 25.871 se garantiza el principio de la unidad familiar (cfr. Fallos 330:4554) Por tales motivos, a fs. 207/211 esta Sala, de modo cautelar, decidió suspender la expulsión del señor Jin Weng, padre de la interesada. En cuanto al principio establecido en el artículo 12 de esa Convención, cabe señalar que las manifestaciones de voluntad del niño deben ser tenidas en cuenta siempre y cuando no signifiquen una infracción a las leyes a las que objetivamente está sujeto su comportamiento.

IV.- Que, en tales condiciones, corresponde admitir el recurso, dejar sin efecto la sentencia apelada y la decisión recurrida, y reenviar la causa a fin de que la Dirección Nacional de Migraciones tome una nueva decisión debidamente motivada en las circunstancias ya reseñadas, y con arreglo a los principios indicados en el presente. Con costas por su orden.

V.- Que, tal como fue expresado en la causa “Weng Jin” (Expte. Nº 45.984/17) y habida cuenta del modo en que se resuelve, corresponde dejar sin efecto la orden de retención del señor Jin Weng ya que esa medida solamente se justificaría con el propósito de materializar la expulsión; condicionada al resultado de la presente causa. En otras palabras, no podrá ser expulsado hasta tanto se determine de manera definitiva la



situación migratoria de su hija, por lo que corresponde disponer que se lo ponga en libertad, a cuyo efecto debe fijar domicilio en la jurisdicción del Tribunal y cumplir las demás condiciones que razonablemente fije la autoridad de aplicación para asegurar su comparecencia.

ASÍ VOTO.

En consecuencia, por unanimidad, **SE RESUELVE:** **1)** Hacer lugar a los recursos de apelación interpuestos por el Sr. WENG y por la Defensora Pública Oficial ante los Tribunales Federales, ambos en representación de la menor N.W., revocar la sentencia apelada y disponer el reenvío de la presente causa a la DNM a los fines indicados en considerando XVII del presente decisorio; **2)** Dejar sin efecto la medida cautelar dispuesta a fojas 207/211 y ordenar a la DNM adoptar las medidas indicadas en el último párrafo del considerando XVII con relación al Sr. WENG; **3)** Rechazar el pedido de declaración del proceso como abstracto formulado por la demandada a fojas 186/187; **4)** Declarar insustancial el pedido de revocatoria efectuado por la demandada a fojas 215/218; **5)** Distribuir las costas de ambas instancias en el orden causado atento a lo novedoso de la cuestión planteada y a las dificultades que presenta (conf. art. 68 primer párrafo del CPCCN).

Regístrese, notifíquese a las partes y al Fiscal General en su público despacho. Comuníquese el presente decisorio al titular del Juzgado N° 6 de este Fuero a fin de que tome conocimiento de lo aquí dispuesto a sus efectos. Oportunamente, remítase a la presente causa a la DNM a los fines aquí indicados.

Guillermo F. TREACY

Jorge Federico ALEMANY
(por su voto)

Pablo GALLEGOS FEDRIANI

