

Integración Regional & Derechos Humanos / Revista Regional Integration & Human Rights / Review

Año VIII – Nr. 2 – 2º semestre 2020



Cofinanciado por el
programa Erasmus+
de la Unión Europea



Integración Regional & Derechos Humanos /Revista Regional Integration & Human Rights /Review

Revista del Centro de Excelencia Jean Monnet
Universidad de Buenos Aires – Argentina

Segunda época
Antigua Revista Electrónica de la Cátedra Jean Monnet
(2013 - 2019)

Año VIII – N° 2 – segundo semestre 2020

ISSN: 2346-9196

Av. Figueroa Alcorta 2263 (C1425CKB)
Buenos Aires - Argentina
jeanmonnetcentre@derecho.uba.ar

Se permite la copia o redistribución parcial de la presente obra exclusivamente haciendo referencia a la revista, con indicación del nombre, número, año de publicación, nombre del autor o autora y nombre del artículo original, indicando asimismo la fuente con un hipervínculo operativo que conduzca al sitio web oficial de la revista. Asimismo, debe dejarse constancia de cualquier cambio que se haya introducido al contenido. Fuera de este supuesto, la revista se reserva todos los derechos.

Por consultas dirigir la correspondencia epistolar o digital a las direcciones indicadas.

EL DERECHO A SER OÍDO COMO GARANTÍA DEL DEBIDO PROCESO EN PROCEDIMIENTOS MIGRATORIOS QUE INVOLUCRAN A NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

Melina Maluf Martínez¹

Fecha de recepción: 18 de diciembre de 2020

Fecha de aceptación: 12 de enero de 2021

Resumen

En el presente artículo se aborda el derecho niños, niñas y adolescentes migrantes a ser oídos en todos los procedimientos migratorios en que se encuentren involucrados. A lo largo del mismo, se desarrollan algunos conceptos centrales como el de niñez migrante –como una categoría que se halla en una especial situación de vulnerabilidad–, y el de la edad y la madurez suficiente que permiten comprender el contexto especial de la cuestión que se presenta. Se plantea la escucha y la opinión como principio, como derecho y como garantía y se analizan los instrumentos jurídicos de fuente nacional, regional y universal junto a los principales precedentes jurisprudenciales que reconocen el derecho a ser oído para extraer algunos criterios relevantes a considerar en orden a garantizar la debida participación de los niños, niñas y adolescentes en los procedimientos que afecten sus derechos.

Palabras clave: Niñez y adolescencia migrante – Sistema de protección integral - Derecho a ser oído – Procedimientos migratorios.

Title: The right to be heard as a guarantee of due process in migration proceedings involving children and adolescents.

¹ Abogada, escribana y profesora de Ciencias Jurídicas (Universidad Católica de Cuyo, San Luis, Argentina). Diplomada en Derecho Constitucional (Universidad Austral, Argentina). Doctoranda en Derecho (Universidad de La Rioja, España). Vicerrectora y Profesora Titular de Derecho Internacional Privado (Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Católica de Cuyo, San Luis, Argentina). Ex Delegada Nacional en la Provincia de San Luis de la Dirección Nacional de Migraciones y Asesora letrada de la Municipalidad de la Ciudad de San Luis.

Abstract

This article approaches the right of migrant boys, girls and adolescents to be heard during all migration procedures in which they might be involved. Throughout the article some central concepts will be developed, such as migrant childhood –considered a category which is in a position of vulnerability– and that of the age and sufficient maturity, which will enable us to understand the special context of the situation presented here. Both listening and opinion are considered as principles, rights and guarantees. Local, regional and international legal instruments are analyzed along with the main legal precedents that recognized the right to be heard, in order to establish some relevant criteria to be considered when guaranteeing the appropriate participation of boys, girls and adolescents in procedures that might affect their lives.

Keywords: Migrant childhood and adolescence - Integrated protection system - Right to be heard - Migration procedures.

I. Introducción

El presente trabajo monográfico se vincula con una de las áreas temáticas generales del Seminario “Corrientes migratorias y protección de refugiados en los procesos de integración regional”: *Niñez migrante en el Mercosur*, centrando el análisis en el derecho a ser oído de niños y adolescentes en los procedimientos migratorios.

Antes de adentrarnos en su desarrollo resulta oportuno hacer una aclaración previa en relación a la terminología que se utilizará en el mismo.

Su título refiere al derecho a ser oído de los niños, niñas y adolescentes en los procedimientos migratorios, pero a lo largo del mismo se emplearán indistintamente la palabra *niño* (más acorde a la terminología que utiliza la Convención de los Derechos del Niño, que comprende bajo el término niño a

todo ser humano menor de dieciocho años de edad²), *menor* (de uso corriente y jurídico en la mayor parte de los ordenamientos jurídicos estatales) y *niños y niñas y adolescentes* (expresión incorporada en la legislación de reciente promulgación a nivel convencional y nacional, considerada como un avance respecto a la denominación de menores que cierto sector de la doctrina jurídica la asocia a una condición de inferioridad o incapacidad de las personas y que importa una categoría en crisis asociada a la vieja escuela de la “minoridad” que representa un contenido estigmatizante. Por el contrario, para esta parte de la doctrina la denominación “niños” expresa una idea más acorde con el cambio de ideología planteado a partir de la Convención de los Derechos del Niño).

Sin perjuicio de los debates generados en torno a la utilización de uno u otro término –que exceden al objeto de este trabajo–, es importante no hacer decir a las palabras más de lo que ellas dicen. El término “menor” no tiene por qué entenderse en el sentido peyorativo e insinuante de la referencia a los niños como una categoría que los ubica en un grado de inferioridad respecto de las personas mayores de edad. Menor, niño y adolescente son categorías que describen a la persona humana de cierta edad (desde que nace hasta los 18 años), es decir al sujeto que se encuentra en la etapa de formación y desarrollo físico y psíquico durante la cual adquirirá las aptitudes necesarias para incorporarse a la vida adulta. Durante esta etapa, a medida que va creciendo, irá incorporando cada vez más habilidades y destrezas y contará con mayor capacidad de comprensión y razonamiento que le permitirá desenvolverse plenamente en la vida adulta. Por estas razones, se reitera, los términos serán usados en forma indistinta.

Hay que partir de considerar que la problemática de la niñez y la adolescencia migrante ha sido una preocupación siempre latente en la agenda de los estados y de toda la comunidad internacional. Muchos han sido los

² Cfr. artículo 1 de la Convención de los Derechos del Niño.

esfuerzos que se han realizado a lo largo de los años para lograr visibilizar sus derechos y garantizar su aplicación.

Los movimientos migratorios actuales son fenómenos complejos que se dan en circunstancias de las más variadas y que muchas veces implican traslados en condiciones de inseguridad, de riesgo y de insalubridad. En este contexto y, particularmente, en el de los flujos migratorios mixtos que implican movimientos de personas de carácter diverso que involucran diferentes grupos, entre ellos, niños y adolescentes que migran solos o acompañados, la necesidad de su protección exige la existencia de un conjunto de medidas y garantías tendientes al respeto y efectivo reconocimiento de sus derechos. Se trata de una problemática que requiere atención y, sobre todo, ocupación por parte de los Estados.

La categoría *niñez migrante* comprende a los niños y adolescentes que migran a otro lugar distinto al de su residencia por motivos diversos que tienen que ver con la reunificación familiar, la violencia y el abuso, la persecución, la búsqueda de mejores condiciones económicas, sociales o culturales, el escape de la extrema pobreza, etc. Puntualmente, cuando hablamos de niños, niñas y adolescentes migrantes estamos haciendo referencia a todas aquellas personas extranjeras que no hayan cumplido 18 años de edad, que se encuentren en las fronteras con intención de ingresar, o en el territorio nacional con intención de permanecer o residir (IPPDH-Save the children, 2019, p. 13).

Ellas se encuentran en una doble situación de vulnerabilidad dada por la combinación entre la edad y la condición migratoria. Esta situación exige una protección específica y adecuada a sus derechos por parte de los Estados (de origen, tránsito y destino) y de otros actores involucrados (OIM, 2016: p. 7).

La edad sin duda influye en su consideración como grupo especialmente vulnerable, dado que por encontrarse en proceso de desarrollo y formación requieren de un mayor acompañamiento y contención ante las deficientes condiciones de vida que pueden tener (pobreza, escasa atención de su salud, falta de vivienda y de educación entre otras) y frente a los riesgos de quedar expuestos y ser víctimas de delitos (tráfico y trata de personas, por ejemplo).

Junto a la edad, su condición de migrante potencia la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran.

Los instrumentos internacionales, la jurisprudencia y los documentos de trabajo elaborados en el seno de los organismos con competencia en la materia, han puesto de resalto esta cuestión relativa a la vulnerabilidad de los migrantes. Así se ha señalado:

Los migrantes son un grupo en situación de vulnerabilidad, debido a situaciones *de jure* (desigualdades entre nacionales y extranjeros en las leyes) y *de facto* (desigualdades estructurales). Esta situación conduce a variadas formas de desigualdad en el acceso a los recursos públicos administrados por los Estados. Además, existen prejuicios culturales acerca de los migrantes, que favorecen la reproducción de sus condiciones de vulnerabilidad. Entre éstos se cuentan los prejuicios étnicos, la xenofobia y el racismo, que dificultan la integración de los migrantes a la sociedad (IPPDH-OIM, 2016: p. 13).

En el marco descripto, el presente trabajo apunta a efectuar un análisis del derecho a ser oído como una garantía fundamental que debe ser observada en todo proceso migratorio que involucre a niños y adolescentes migrantes. El punto de partida será la referencia al sistema de protección integral de estos grupos vulnerables, mostrando la existencia de una tutela multinivel, para luego focalizar el estudio en los procedimientos migratorios y las garantías mínimas que deben ser respetadas, analizando el derecho de ser oído, su funcionamiento y aplicación efectiva como así también los deberes que corresponde sean cumplidos por parte de los Estados.

II. El sistema de protección integral de la niñez y adolescencia migrante

En las últimas décadas, los niños y las niñas han sido objeto de una creciente protección por parte del derecho internacional de los derechos humanos. La amplia gama de instrumentos internacionales de protección se justifica en la vasta cantidad de temas que comprenden sus derechos. La

situación de vulnerabilidad en la que se encuentran los niños y las niñas se puede configurar en diversos escenarios, como conflictos armados, violencia familiar, situaciones de desprotección –como en el caso de los niños de la calle, los niños privados de libertad, los niños indígenas, etc.–, la discriminación por género, raza, religión o por su sola condición de niños, o la falta de acceso a servicios básicos necesarios para su edad, como alimentación, salud, educación, entre otras muchas circunstancias (IPPDH-OIM, 2016: p. 11).

La normativa de fuente universal está presidida por la Convención Universal de los Derechos del Niño (en adelante CDN)³ que establece a lo largo de sus disposiciones un enfoque de protección integral de la infancia y la adolescencia que se completa y complementa con otros instrumentos universales, regionales, subregionales y nacionales vigentes en la materia y que incluye la consideración de niños, niñas y adolescentes migrantes como verdaderos sujetos de derechos.

Con la CDN aparecen cobrando un especial protagonismo los principios de la igualdad y la no discriminación (art. 2), del interés superior del niño (art. 3) y del derecho a ser oído (art. 12 de la CDN)⁴ que conllevan un conjunto de deberes y obligaciones que deben observar los Estados, la sociedad y las familias.

³ Aprobada el 20/11/1989 y ratificada por Argentina mediante Ley N° 23.849, del 22/11/1990, entrando en vigencia el 01/01/1991.

⁴ “Igualdad y no discriminación” – Art. 2° CDN: “1. Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, 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. 2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares”.

“Interés superior del niño” – Art- 3° CDN: “... 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 que se atenderá será el interés superior del niño”.

“Derecho a ser oído y que la opinión sea considerada” – Art. 12° CDN: “1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio 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. 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 procedimiento de la ley nacional”.

Junto a ella ocupan un lugar destacado las Observaciones Generales a través de las cuales el Comité de los Derechos del Niño –órgano encargado de vigilar y analizar el cumplimiento de la CDN– da a conocer el contenido de la Convención. Por su pertinencia, merecen citarse la Observación General OG 6/2005 sobre “Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen” y la Observación General OG 12/2009 sobre “El derecho del niño a ser escuchado”.

En 2017, el Comité de los Derechos del Niño y el Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares⁵ elaboraron una Observación General Conjunta 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 retorno⁶, la cual dedica un apartado especial al tratamiento de las garantías procesales que deben observarse en todo procedimiento administrativo o judicial relacionado con la migración y el asilo, refiriendo expresamente a la importancia que las opiniones de los niños y adolescentes sean oídas como es debido y tenidas debidamente en cuenta⁷.

En el ámbito regional, el principal instrumento es la Convención Americana de los Derechos Humanos (la CADH)⁸, a la que se suman otros instrumentos regionales de derechos humanos que contienen medidas de protección de la niñez, como lo es la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el Protocolo adicional a la CADH en materia de Derechos

⁵ Que funciona en el ámbito de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (CTM), aprobada en 1990 y aún con un bajo nivel de ratificaciones.

⁶ Observación general conjunta núm. 4 (2017) del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y núm. 23 (2017) del Comité de los Derechos del Niño 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.

⁷ Cfr. OG Conjunta 4/2017 y 23/2017, párr. 15.

⁸ Firmada en la ciudad de San José, Costa Rica el 22 de noviembre de 1969 y aprobada por Ley N° 23.054. Sancionada el 1 de marzo de 1984 y promulgada el 19 de marzo de 1984.

económicos, sociales y culturales y la Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación racial y Formas conexas de intolerancia⁹.

Encontramos también las Opiniones Consultativas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) que cumplen un destacado papel fijando pautas de protección y directrices de actuación. Principalmente cabe mencionar la OC 17/2002 relativa a la “Condición jurídica y derechos humanos del niño”, la OC 18/2003 referida a la “condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados” y la más importante en el tema de tratamiento, la OC 21/2014 sobre “Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional”, además de otras instancias de protección de los derechos de la niñez que funcionan en el ámbito de la OEA¹⁰, enriquecidos y complementados con el aporte de la jurisprudencia de la Corte IDH.

⁹ El art. 7 de la Declaración americana de los derechos y deberes del hombre establece la obligación de adoptar medidas de protección a favor de toda niña o niño en virtud de su condición de tal: “Toda mujer en estado de gravidez o en época de lactancia, así como todo niño, tienen derecho a protección, cuidados y ayuda especiales” (art. 7).

El Protocolo adicional a la CADH en materia de derechos económicos, sociales y culturales dispone la obligación de no discriminación: “Los Estados partes en el presente Protocolo se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social” (art. 3) y, en el caso de los derechos de la niñez señala que: “Todo niño sea cual fuere su filiación tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado. Todo niño tiene el derecho a crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres; salvo circunstancias excepcionales, reconocidas judicialmente, el niño de corta edad no debe ser separado de su madre. Todo niño tiene derecho a la educación gratuita y obligatoria, al menos en su fase elemental, y a continuar su formación en niveles más elevados del sistema educativo” (art. 16).

Por último, la Convención interamericana contra el racismo, la discriminación racial y formas conexas de intolerancia dispone que “Todo ser humano es igual ante la ley y tiene derecho a igual protección contra el racismo, la discriminación racial y formas conexas de intolerancia en cualquier ámbito de la vida pública o privada” (art. 3), “Todo ser humano tiene derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección, en condiciones de igualdad, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales consagrados en sus leyes nacionales y en el derecho internacional aplicables a los Estados Partes, tanto a nivel individual como colectivo” (art. 4).

¹⁰ La Relatoría sobre los derechos de la niñez, creada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en 1998, con el fin de fortalecer el respeto de los derechos humanos de los niños, las niñas y los adolescentes en las Américas que está a cargo de un Comisionado o Comisionada nombrada por el pleno de la Comisión y colabora en el análisis y evaluación de la situación de los derechos humanos de los niños, las niñas y los adolescentes en las Américas, asesora a la CIDH en el trámite de peticiones, casos y solicitudes de medidas cautelares y provisionales en materia de niñez y adolescencia, realiza visitas a los Estados, y elabora estudios e informes.

Cabe mencionar también el Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes (IIN), órgano especializado en la infancia que asiste a los Estados en el desarrollo de políticas públicas,

Todos ellos, en su conjunto, conforman un verdadero sistema de protección integral de niños, niñas y adolescentes que parte del compromiso de los Estados de respetar sus derechos y libertades y garantizar su libre y pleno ejercicio¹¹ y que consagra como primordial el derecho de acceder a las medidas de protección que su condición de personas menores requiere por parte de su familia de la sociedad y del Estado¹².

En el espacio integrado del MERCOSUR este sistema se completa con el Acuerdo de residencia para nacionales de los Estados Parte del MERCOSUR, Bolivia y Chile¹³ (posteriormente extendido a la mayoría de los Estados Asociados) que regula el acceso a derechos de las personas migrantes en igualdad de condiciones con los nacionales (con la única excepción de los derechos políticos) bajo el criterio de la “nacionalidad”, es decir, sobre la base de la pertenencia a alguno de los países de la región.

Aunque el Acuerdo no se refiere explícitamente a los niños y adolescentes migrantes, claramente los incluye en su ámbito de aplicación que se refiere a los inmigrantes y nacionales de un estado parte. Además, en su artículo 9 establece los derechos de los inmigrantes y de los miembros de sus familias, incluyendo así a los niños y niñas de forma implícita, a quienes les reconoce un conjunto de derechos entre ellos, el trato igualitario a los nacionales, la reunificación familiar e importantes derechos en materia civil.

aportando a su diseño e implementación desde el punto de vista de la promoción, protección y respeto a los derechos de niños, niñas y adolescentes en la región. El Instituto presta especial atención a los requerimientos de los Estados miembros del sistema interamericano y a las particularidades de los grupos regionales.

¹¹ Artículo 1 de la CADH: Obligación de Respetar los Derechos. “1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza; color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social...”.

¹² Artículo 19 de la CADH: Derecho del Niño. “Todo niño tiene un derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia de la sociedad y del Estado”.

¹³ Suscripto en Brasilia el 6 de diciembre de 2002.

Además del Acuerdo de Residencia, en el MERCOSUR existen otros acuerdos orientados a la protección de los derechos de los niños y niñas migrantes. Entre ellos se cuentan el Acuerdo entre los Estados Partes del MERCOSUR y Estados Asociados sobre Cooperación Regional para la Protección de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes en Situación de Vulnerabilidad¹⁴, y el Acuerdo para la Implementación de Bases de Datos Compartidas de Niños, Niñas y Adolescentes en Situación de Vulnerabilidad del MERCOSUR y Estados Asociados¹⁵.

Un documento que reviste singular importancia en el bloque es la *Guía Regional para la identificación y atención de necesidades especiales de protección de los niños y niñas migrantes* que está destinada a orientar los procedimientos de los organismos responsables de la formulación y gestión de las políticas migratorias, de las instituciones estatales cuyo personal cumpla funciones de control migratorio o actúe por delegación de funciones, así como también de las instituciones de protección de los derechos del niño y todas aquellas instituciones que desempeñen funciones vinculadas directa o indirectamente a su atención, respecto de todo niño extranjero que pudiera necesitar protección internacional o la obtención de otra forma de protección de sus derechos¹⁶.

Este documento ha sido complementado recientemente por el *Manual de aplicación de estándares internacionales y regionales de derechos humanos – Protección de niños, niñas y adolescentes en el contexto de la migración*¹⁷, que se basa en los estándares que surgen de los principales instrumentos internacionales y regionales de protección de los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes, y de las personas migrantes.

¹⁴ Suscripto en San Miguel de Tucumán, Argentina, el 30/06/2008.

¹⁵ Suscripto en San Miguel de Tucumán, Argentina, el 30/06/2008.

¹⁶ Derechos humanos de la niñez migrante. Migración y Derechos Humanos, *op. cit.*, p. 40.

¹⁷ Elaborado por el Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos del MERCOSUR con el apoyo de Save the Children (2019), Buenos Aires.

Existen además en el MERCOSUR otras instancias desde las que se abordan cuestiones vinculadas con los menores migrantes, como es la Comisión Permanente Niñ@Sur¹⁸ y el Foro Especializado Migratorio¹⁹.

Por último, en el orden nacional, sobre la base de la tradición humanitaria y abierta en relación a los migrantes y sus familias fijada en la Constitución Nacional²⁰, la normativa vigente en Argentina se asienta en los principios de integración, inserción y no discriminación, consagrando una amplia gama de derechos que se reconocen a toda persona migrante, incluidos los niños y adolescentes.

Así, Ley de Migraciones N° 25.871/2004²¹ –reglamentada por Decreto N° 616/2010²²– consagra el derecho a la migración como un derecho humano, esencial e inalienable a la persona migrante (art. 4), la igualdad de trato para el goce de los derechos (art. 5), el acceso igualitario a los servicios sociales, bienes públicos, salud, educación, justicia, trabajo, empleo y seguridad social (arts. 6, 7 y 8), a la información (art. 9) y a la reunificación familiar (art. 10), considerándose discriminatorios todos los actos u omisiones determinados por motivos tales como etnia, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, género, posición económica o caracteres físicos, que arbitrariamente impidan, obstruyan, restrinjan o de algún modo menoscaben el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, los Tratados Internacionales y las leyes (confr. art. 13).

Coexisten con esta ley otras leyes nacionales, decretos y disposiciones migratorias emitidas por la Dirección Nacional de Migraciones (DNM) que regulan situaciones específicas que afectan derechos de niños y adolescentes migrantes, como lo es la Ley N° 26.165/2006 de Reconocimiento y protección al

¹⁸ Creada en el año 2005 en el ámbito de la Reunión de Altas Autoridades en Derechos Humanos y Cancillerías del MERCOSUR (RAADH).

¹⁹ Creado en la XIV Reunión de ministros del Interior del MERCOSUR, en 2003.

²⁰ Cfr. Preámbulo y artículo 20 de la CN.

²¹ Sancionada el 17/12/2003 y promulgada de hecho el 20/01/2004.

²² Dictado el 3/05/2010 y Publicado en el Boletín Oficial N° 31.898 el 6 de mayo de 2010.

refugiado²³, la Ley N° 26.364/2008 de Prevención y sanción de la trata de personas y asistencia a sus víctimas²⁴ y las Disposiciones de la DNM, entre las que pueden mencionarse la Disposición N° 2656/2011 que aprueba el Procedimiento para el ingreso y egreso de menores hacia y desde el territorio nacional, las Disposiciones N° 3458/2011 y la N° 3328/2015 que modifican la 2656/2011 y la Disposición N° 1489/2017 sobre el otorgamiento de residencia permanente a menores con autorización de uno de los progenitores.

En virtud de las referencias normativas apuntadas podemos decir que el sistema de protección integral de niños, niñas y adolescentes migrantes reconoce una tutela multinivel –de orden universal, regional, subregional y nacional– que se actualiza en forma permanente a través de la jurisprudencia y del trabajo desarrollado por los organismos con competencia en materia de protección de menores.

En esta línea, la Corte IDH ha resaltado en reiteradas oportunidades la existencia de un “muy comprensivo *corpus iuris* de derecho internacional de protección de los derechos de los niños”, que debe ser utilizado como fuente de derecho por el Tribunal para establecer “el contenido y los alcances” de las obligaciones que han asumido los Estados a través del artículo 19 de la Convención Americana respecto a las niñas y niños, en particular al precisar las “medidas de protección a las que se hace referencia en el mencionado precepto. Específicamente, la Corte ya ha resaltado que la Convención sobre los Derechos del Niño es el tratado internacional que posee mayor vocación de universalidad, lo cual “pone de manifiesto un amplio consenso internacional (opinio iuris comunis) favorable a los principios e instituciones acogidos por dicho instrumento, que refleja el desarrollo actual de esta materia, habiendo sido ratificada además por casi todos los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos”²⁵.

Las normas que conforman el sistema de protección integral vigente –o el *corpus iuris* de derecho internacional de protección como lo llama la Corte–, deben ser interpretadas y aplicadas a la luz de los principios del Derecho

²³ Sancionada el 8 de noviembre de 2006 y promulgada el 28 de noviembre de 2006.

²⁴ Sancionada el 9 de abril de 2008 y promulgada el 29 de abril de 2008.

²⁵ Corte IDH, Opinión consultiva OC-21/2014 de 19 de agosto de 2014, párr. 57.

internacional de los derechos humanos²⁶ y teniendo en cuenta su naturaleza evolutiva lo que implica que ellas deben ir acompañando la evolución de los tiempos y las condiciones actuales de cada sociedad²⁷.

III. La escucha y la opinión como principio, como derecho y como garantía

Con la consagración normativa de los derechos de niños y adolescentes que se ha producido universalmente, se comenzó a visualizar un progresivo reconocimiento de sus habilidades y aptitudes para participar en diferentes entornos brindando sus propias opiniones. La posibilidad de que puedan expresar sus ideas o señalar sus puntos de vista sobre determinados asuntos y que puedan ser considerados por parte de los adultos, se ha vuelto cada vez más frecuente en ámbitos no solo familiares y escolares sino también judiciales y administrativos, ámbitos donde antes solo se reconocía como válida la opinión de los progenitores y de las autoridades y la de ellos, quedaba relegada o solo considerada en tanto coincidiera con la de los adultos.

²⁶ Principio *pro homine* (que exige recurrir a la interpretación más favorable a la persona); Principio de no discriminación (que prohíbe la restricción irrazonable de derechos fundamentales con base en diversos factores, como podría ser la nacionalidad o la condición migratoria de la persona); Principio de progresividad (que demanda interpretar las normas de forma tal de enfrentar los desafíos presentes (en este caso, el fenómeno migratorio) con el objetivo de asegurar, progresivamente, la garantía de los derechos a todas las personas); Obligación de proteger especialmente los derechos de los grupos que se encuentran en condición vulnerable (por ejemplo, los niños y niñas migrantes en situación migratoria irregular).

²⁷ La Corte IDH ha reiteradamente señalado que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales. Tal interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación dispuestas en el artículo 29 de la Convención Americana, así como las establecidas por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (cfr. Corte IDH Opinión consultiva 21/2014 de 19 de agosto de 2014, párr. 55).

En igual sentido, el Comité de los Derechos del Niño ha dicho que, al aplicar las normas, los Estados Partes deben tener en cuenta su naturaleza evolutiva y, por tanto, reconocer que sus obligaciones pueden ir más allá de las normas que se articulan, las cuales en modo alguno impedirán que los menores no acompañados y separados de su familia puedan disfrutar de derechos y beneficios más amplios al amparo de instrumentos regionales o de sistemas nacionales de derechos humanos, las normas internacionales y regionales sobre refugiados o el derecho internacional humanitario. (cfr. OG 6/2005, párr. 4).

La participación de los menores a través de su opinión y escucha los ubica como sujetos de derecho con capacidad para expresar sus opiniones en los asuntos que les competen y condiciona y garantiza todos los demás derechos dado que sin voz y acceso en el proceso de información, de comunicación, de decisión, en todas las esferas de la vida de la sociedad civil y del Estado, no podrían ejercer, en concreto, la necesaria influencia sobre las condiciones de las cuales depende el ejercicio de sus derechos (BARATTA, 1998, p. 13).

Son varios los beneficios que conlleva la participación de los niños y adolescentes en los asuntos que afectan directamente su vida y sus intereses. La participación efectiva asegura la tolerancia y la aceptación de la diversidad; genera en los niños, niñas y jóvenes confianza en sí mismos; promueve la negociación y ayuda a prevenir conflictos; aumenta su capacidad para formarse un juicio propio y expresarlo, elegir entre varias opciones y aceptar responsabilidades; fomenta el respeto y su reconocimiento como personas por derecho propio y no simplemente como futuros adultos (GROSMAN, 2019: pp. 62-63).

Como se señaló, uno de los pilares fundamentales que refleja la participación de niños y adolescentes y sobre el cual la CDN asienta el sistema de protección integral es el derecho del niño a ser oído, el cual se halla presente implícita y explícitamente a lo largo de sus disposiciones y que, junto al principio de autonomía progresiva, del interés superior y de no discriminación, resultan necesarios para la resolución de conflictos donde sean parte los niños y adolescentes en contexto de migraciones.

a) En cuanto principio, la posibilidad de niños, niñas y adolescentes de ser oídos juega un papel fundamental en la tarea de adecuación de las normas a todo el plexo convencional vigente, funcionando como guía para ayudar a los operadores jurídicos a decidir en un sistema complejo en el que, con frecuencia, ha de recurrirse a un diálogo de fuentes y a la utilización no solo de las reglas jurídicas, sino también de los principios.

Cumple una doble función, como fuente, en cuanto debe recurrirse a este principio para resolver las cuestiones que no tienen solución prevista en la letra de la ley y como elemento de interpretación, en tanto se constituye como

una directriz que marca un camino respecto del alcance y la finalidad de los demás preceptos normativos.

El Comité de los Derechos del Niño ha señalado el artículo 12 como uno de los cuatro principios generales de la CDN, junto con el derecho a la no discriminación, el derecho a la vida y el desarrollo y la consideración primordial del interés superior del niño, lo que pone de relieve que este artículo no solo establece un derecho en sí mismo, sino que también debe tenerse en cuenta para interpretar y hacer respetar todos los demás derechos.

b) En tanto derecho, está expresamente consagrado en el artículo 12 de la CDN que dispone: “1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio 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. 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”.

Esta disposición convencional es una verdadera norma operativa por lo que debe entenderse que constituye una directiva de inmediata aplicación que impone el deber de escuchar al niño, la niña y el adolescente migrantes, valorando su opinión armonizada con las demás circunstancias del caso que se den en el marco de un procedimiento migratorio.

Se trata de un derecho de estricto carácter personalísimo que implica la posibilidad cierta de participar en los procesos que se lleven a cabo para adoptar una decisión que pueda afectar sus derechos o intereses, a los fines de hacer valer sus pretensiones, dar a conocer y explicar sus razones.

En todo procedimiento, cualquiera sea su naturaleza, el derecho a ser oído supone que, antes de la emisión de un acto de alcance particular, se otorgue al individuo la posibilidad de tener acceso y ser tenido por parte en el expediente,

siendo las autoridades judiciales y administrativas quienes deben erigirse como los garantes por excelencia de este derecho.

En este sentido, el derecho a ser oído es sinónimo de tutela judicial efectiva, y significa que toda persona tiene derecho a acceder a un tribunal para que éste pueda pronunciarse, tener contacto directo con el órgano decisor (principio de inmediación/inmediatez)²⁸, derecho que adquiere aún mayor fuerza frente a situaciones de especial vulnerabilidad o fragilidad del individuo, como sucede ante casos de niños y adolescentes en contextos migratorios.

La Observación General N° 12 sobre el derecho del niño a ser escuchado²⁹, señala que el artículo 12 de la Convención establece el derecho de cada niño de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afectan y el subsiguiente derecho de que esas opiniones se tengan debidamente en cuenta, en función de la edad y madurez del niño. Recae así sobre los Estados Partes la clara obligación jurídica de reconocer ese derecho y garantizar su observancia escuchando las opiniones del niño y teniéndolas debidamente en cuenta.

El derecho del niño y del adolescente a poder expresar sus opiniones *en todos los asuntos* que lo afecten supone que deba ser escuchado si el asunto que se examina lo afecta. Esta condición básica debe ser respetada y comprendida ampliamente siempre que se den los prepuestos necesarios para que la escucha se lleve a cabo que tienen que ver con la edad y la madurez suficiente del menor.

Esta interpretación amplia de *todos los asuntos* se complementa con la mención que hace la CDN en el artículo 12 al indicar que el menor debe ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que lo afecte.

El Comité ha recalcado que esa expresión es aplicable a todos los procedimientos judiciales pertinentes que afecten al niño, sin limitaciones y con inclusión entre otros de los niños no acompañados, niños solicitantes de asilo y refugiados y víctimas de conflictos armados y otras emergencias y, además a los procedimientos administrativos que tienen que ver con decisiones sobre la

²⁸ Thea F., G. (junio 2009), Las garantías del debido proceso en la toma de decisiones públicas, en *La Ley*, Suplemento Administrativo, p. 11, Id SAIJ: DACF090047.

²⁹ CRC/C/GC/12, 20 de julio de 2009.

educación, la salud, el entorno, las condiciones de vida o la protección del niño³⁰. Por lo tanto, en el contexto de la migración toda decisión administrativa o judicial relativa a la entrada, permanencia o expulsión de niños o adolescentes debe respetar plenamente su derecho a ser oído sobre todos los aspectos relativos a los procedimientos de migración y asilo y que sus opiniones sean debidamente tenidas en relación con sus expectativas educativas y sus condiciones de salud a fin de integrarlo en los servicios escolares y de salud³¹.

Como un aporte más a la determinación de los alcances de los términos utilizados en el artículo 12 de la CDN, el Comité de los Derechos del Niños ha realizado una serie de especificaciones que bien pueden ser tomadas como criterios de interpretación y que han sido de expresa mención por la Corte IDH en sus sentencias, a saber: no puede partirse de la premisa de que un niño es incapaz de expresar sus propias opiniones; el niño no debe tener necesariamente un conocimiento exhaustivo de todos los aspectos del asunto que lo afecta, sino una comprensión suficiente para ser capaz de formarse adecuadamente un juicio propio sobre el asunto; el niño puede expresar sus opiniones sin presión y puede escoger si quiere o no ejercer su derecho a ser escuchado; la realización del derecho del niño a expresar sus opiniones exige que los responsables de escuchar al niño y los padres o tutores informen al niño de los asuntos, las opciones y las posibles decisiones que pueden adoptarse y sus consecuencias; la capacidad del niño [...] debe ser evaluada para tener debidamente en cuenta sus opiniones o para comunicar al niño la influencia que han tenido esas opiniones en el resultado del proceso y los niveles de comprensión de los niños no van ligados de manera uniforme a su edad biológica, por lo que la madurez de los niños o niñas debe medirse a partir de la

³⁰ Cfr. Observación General N° 12, párr. 32.

³¹ Cfr. Observación General N° 12, párr. 123.

capacidad [...] para expresar sus opiniones sobre las cuestiones de forma razonable e independiente³².

c) Ahora bien, sin perjuicio de ser considerado un principio básico y fundamental y un derecho esencial, el derecho a ser oído se constituye también en una garantía de observancia obligatoria en todo proceso que involucre a niños, niñas y adolescentes migrantes.

El artículo 8 de la CADH al regular las garantías del debido proceso enumera en primer lugar el derecho de toda persona a ser oída. Esta garantía fundamental se considera inherente a toda persona³³, incluidos los niños y adolescentes, y aplicable a todo proceso, no solo judicial, sino también administrativo y cualquiera sea su naturaleza, civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter, quedando por lo tanto incluido el proceso migratorio.

La Corte ha sentado su postura en este sentido sosteniendo en su jurisprudencia que las garantías del debido proceso legal previstas en el artículo 8 se aplican y deben observarse en todo proceso sea administrativo, legislativo o jurisdiccional³⁴ y deben correlacionarse con los derechos específicos que

³² Cfr. Corte IDH, Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 24 de febrero de 2012, Serie C, No. 239, párr. 198 y OC 12/2009, párr. 20, 21, 25, 28 y 30.

³³ Todas las personas sin discriminación alguna, tienen el derecho humano a que se respete el debido proceso legal, en la determinación de sus derechos y obligaciones (Corte IDH, Opinión Consultiva OC 18/03 de 7 de septiembre de 2003, punto 7).

³⁴ En tal sentido en el Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá, (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 2 de febrero de 2001, Serie C, No. 72, párrafos 124, 126 y 127, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho que “Si bien el artículo 8 de la Convención Americana se titula “Garantías Judiciales”, su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, “sino [al] conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales” a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier tipo de acto del Estado que pueda afectarlos. Es decir, cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal [...]. Esto revela el amplio alcance del debido proceso; el individuo tiene el derecho al debido proceso entendido en los términos del artículo 8.1 y 8.2, tanto en materia penal como en todos estos otros órdenes. En cualquier materia, inclusive en la laboral y la administrativa, la discrecionalidad de la administración tiene límites infranqueables, siendo uno de ellos el respeto de los derechos humanos [...]. Es un derecho humano el obtener todas las garantías que permitan alcanzar decisiones justas, no estando la administración excluida de cumplir con este deber”.

En igual sentido en el Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú, (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 31 de enero de 2001, Serie C, No. 71, párr. 71, la Corte señaló que “...cuando la Convención se refiere al derecho de toda persona a ser oída por un “juez o tribunal competente” para la “determinación de sus derechos”, esta expresión se refiere a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas. Por la razón mencionada, esta Corte considera que cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente

estatuye, además, el artículo 19, en forma que se reflejen en cualesquiera procesos administrativos o judiciales en los que se discuta algún derecho de un niño³⁵.

Cuando se sustancian procesos migratorios, los jueces y la administración tienen límites infranqueables dados por un conjunto de garantías mínimas que deben observarse en todo proceso. Estas garantías, que incluyen el derecho de los niños y adolescentes a ser oídos, están dirigidas a lograr la legalidad y correcta aplicación de las leyes dentro de un marco de respeto mínimo de la dignidad humana. Así lo ha sostenido la Corte IDH en el ya citado *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*, al expresar que “Las garantías mínimas deben respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas” agregando que, cuando se trata de medidas de protección de los derechos de niños y niñas migrantes, se debe reglamentar en los procedimientos la forma de aplicación de dichas medidas procurando que se respeten ciertas garantías mínimas. entre ellas, tomar en cuenta las opiniones de niños y niñas sobre su preferencia³⁶.

jurisdiccional, tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal en los términos del artículo 8 de la Convención Americana”.

En el Caso Familia Pacheco Tineo vs. Estado plurinacional de Bolivia, (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), Sentencia de 25 de noviembre de 2013, Serie C, No. 272, párr. 130, indicó la Corte “que el derecho al debido proceso, consagrado en el artículo 8 de la Convención Americana, se refiere al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado, adoptado por cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que pueda afectarlos. Asimismo, el elenco de garantías mínimas del debido proceso legal se aplica en la determinación de derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. Es decir, cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal”.

También en el Caso de Personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 28 de agosto de 2014, Serie C, No. 282, párr. 349.

³⁵ Cfr. Corte IDH, Opinión consultiva OC-17/2002 de 28 de agosto de 2002, párr. 95.

³⁶ Cfr. párr. 169.

IV. El derecho de niños y adolescentes a ser oídos en los procedimientos migratorios

i. Instrumentos de interpretación

Como es ampliamente sabido y ha quedado plasmado en los párrafos precedentes, los niños y adolescentes son titulares del derecho a ser oído.

En el *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile* y a lo largo de toda la extensión de su vastísima jurisprudencia, la Corte IDH ha dejado establecido que dicho derecho debe ser interpretado a la luz del artículo 12 de la CDN el cual contiene adecuadas previsiones sobre el derecho a ser escuchado de las niñas y los niños, con el objeto de que la intervención del niño se ajuste a las condiciones de éste y no redunde en perjuicio de su interés genuino³⁷, muy especialmente por tratarse de un derecho/garantía que se encuentra estrechamente vinculado con su interés superior el cual debe ser considerado como criterio primordial en la resolución de los procedimientos donde ellos sean parte o estén involucrados.

A la Convención, se suma como fuente de interpretación la OC 21/2014 donde los jueces de San José han desarrollado extensamente el elenco de garantías mínimas que deben observarse en los procedimientos de carácter migratorio que involucran a niños y niñas, entre ellas, el derecho a ser oídos (PIZZOLO, 2020: p. 50).

ii. Criterios preponderantes

Cuando hablamos de movilidad de menores hay que tener en cuenta que frecuentemente suele suceder que en el caso de grupos familiares el movimiento de niños y adolescentes (y el de las mujeres/madres) ocurre después de la partida del padre/sostén familiar y cuando éste ya ha resuelto todas las cuestiones indispensables y básicas para la reunificación con su familia. También, cuando son las mujeres/madres las que encabezan los

³⁷ Corte IDH, *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile* (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 24 de febrero de 2012, Serie C, No. 239, párr. 196.

procesos migratorios, suelen reunirse con sus hijos en el lugar de destino cuando éstos tienen cierta edad que ya no requieren tantos cuidados y por ende su presencia no es un impedimento a la hora de conseguir y mantener un empleo. Según una investigación llevada a cabo en 2014 promovida por la Organización Internacional para las Migraciones (OIM) y por el Instituto de Políticas Públicas y Derechos Humanos del MERCOSUR (IPPDH)³⁸, “la reunificación con quienes migraron antes, la continuidad educativa y el mejoramiento general de sus condiciones de vida probablemente se encuentren entre los principales motivos de traslado no forzoso en contextos familiares y parentales”.

A estos casos se suman aquellos en los que el niño o el adolescente se traslada solo o separado de su familia o grupo conviviente por razones que, como ya se apuntó, tienen que ver con el abandono, el riesgo para la vida, la explotación o bien la búsqueda de nuevas oportunidades de trabajo o estudio en la que los traslados más frecuentes son de adolescentes que cuentan con cierta autonomía y disponibilidad de recursos para dar inicio a un proceso migratorio en el lugar de destino³⁹.

En todos estos supuestos, sean traslados voluntarios o forzosos, los niños y los adolescentes quedan sujetos a procedimientos ya sea para determinar su status migratorio y su consecuente radicación en el país de destino, para disponer su retorno al país de origen o eventualmente para su localización en un tercer país si las circunstancias del caso lo aconsejan.

Al referirnos al procedimiento migratorio lo haremos en un sentido amplio, entendiendo por tal el conjunto de etapas que deben cumplirse para la admisión, ingreso y permanencia (transitoria, temporaria o permanente) de

³⁸ “Niños, niñas y adolescentes a través de las fronteras del MERCOSUR. Motivo y modalidades de los cruces entre Argentina y Paraguay. Aportes para pensar la protección”. Organización Internacional para las Migraciones (OIM) Director Regional para América del Sur | Diego Beltrand. Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos del MERCOSUR. Secretario Ejecutivo | José Augusto Lindgren Alves. Equipo de trabajo: Investigación e informe | María Inés Pacecca. Coordinación | Jorge Gurrieri, Constanza Argentieri y Javier Palummo, pág. 7.

³⁹ “Niños, niñas y adolescentes a través de las fronteras del MERCOSUR. Motivo y modalidades de los cruces entre Argentina y Paraguay. Aportes para pensar la protección”, *op. cit.*, pág. 8/9.

personas inmigrantes a un estado diferente al de su nacionalidad, sea que se lleve a cabo en sede administrativa como en sede judicial. Quedan comprendidos además bajo el concepto todas las instancias administrativas y/o judiciales que deben observarse en las solicitudes de refugio y asilo hasta su completa finalización mediante una solución duradera (sea la repatriación voluntaria en condiciones dignas y seguras al país de origen, la integración local en el país de acogida o el reasentamiento en un tercer país seguro) y también los procedimientos que se desarrollan en frontera los que presentan características y complejidades particulares según el tipo de límite fronterizo de que se trate.

Es evidente que las condiciones en las que participa un menor en procedimientos de esta naturaleza –y en cualquier otro– no son las mismas en que lo hace un adulto. Su edad y sus condiciones de madurez lo posicionan en la categoría de un sujeto en desarrollo que requiere que, según la edad que tenga y el desarrollo madurativo que presente (no es lo mismo un menor de 5 años que uno de 12 años o bien uno que ha alcanzado la edad de 16), se respete su derecho a ser escuchado y su autonomía en la toma de decisiones sobre aspectos que lo afectan directamente. Es por ello que resulta indispensable reconocer y respetar las diferencias de trato que se corresponden con diferentes situaciones, entre quienes participan en un procedimiento.

Existen por lo tanto ciertos criterios que deberán necesariamente ser considerados en orden a la debida participación de los niños y adolescentes en los procedimientos que afecten sus derechos y que tienen que ver con el propio sujeto (con su edad y desarrollo madurativo) y con el contexto.

Tratándose de niños y adolescentes, la edad y la madurez resultan vitales para el ejercicio del derecho a ser oído, ya que el desarrollo madurativo generalmente está ligado a la edad y la combinación de ambos hace presumir la existencia de capacidad natural para entender y querer un acto.

Por estas razones, a fin de asegurar el interés superior y la debida protección que tanto niños como adolescentes reclaman, se impone la necesidad de adoptar en los procedimientos migratorios en los que ellos se hallen involucrados o sean parte un criterio casuístico que además deberá ser mixto o

combinado. Casuístico, en tanto deberá hacerse una evaluación caso por caso, considerándose las circunstancias particulares y el contexto social, económico y cultural del menor, toda vez que la vulnerabilidad social y las condiciones económicas constituyen también elementos clave que han de ser tenidos en cuenta al momento de evaluar su participación en los procesos migratorios y las condiciones en que ella debe desenvolverse. Mixto, porque junto a la edad del menor deberán necesariamente valorarse sus condiciones de madurez y su aptitud suficiente para participar en el proceso.

En su OC 17/2002, la Corte IDH se ha pronunciado al respecto expresando que el grupo definido como niños involucra a todas las personas menores de 18 años existiendo “una gran variedad en el grado de desarrollo físico e intelectual, en la experiencia y en la información que poseen quienes se hallan comprendidos en aquel concepto. La capacidad de decisión de un niño de 3 años no es igual a la de un adolescente de 16 años. Por ello debe matizarse razonablemente el alcance de la participación del niño en los procedimientos, con el fin de lograr la protección efectiva de su interés superior, objetivo último de la normativa del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en este dominio. En definitiva, el aplicador del derecho, sea en el ámbito administrativo, sea en el judicial, deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor y su interés superior para acordar la participación de éste, según corresponda, en la determinación de sus derechos. En esta ponderación se procurará el mayor acceso del menor, en la medida de lo posible, al examen de su propio caso”⁴⁰.

También en sus sentencias la Corte IDH ha reconocido la importancia de valorar en cada caso las circunstancias particulares, expresando que “los niños y las niñas son titulares de los derechos establecidos en la Convención Americana, además de contar con las medidas especiales de protección contempladas en su artículo 19, las cuales deben ser definidas *según las*

⁴⁰ Cfr. Opinión consultiva OC-17/2002 de 28 de agosto de 2002, párr. 101 y 102.

*circunstancias particulares de cada caso concreto*⁴¹; agregando que los derechos reconocidos por la Convención Interamericana de Derechos Humanos “... deben interpretarse a la luz del *corpus juris* de los derechos de la niñez y, en particular *según las circunstancias especiales del caso*, armónicamente con las demás normas que les atañen, en especial con los artículos 7, 8, 9, 11, 16, y 18 de la Convención sobre los Derechos del Niño⁴²; y señalando además que “... cualquier decisión de órgano judicial o administrativo que deba decidir acerca de la separación familiar [de un niño a adolescente], en razón de la condición migratoria de uno a ambos progenitores debe *contemplar las circunstancias particulares del caso concreto*, garantizando así una decisión individual idónea, necesaria y proporcionada⁴³”.

iii. Derechos y deberes

Durante la tramitación del procedimiento migratorio es necesario que se reconozcan y apliquen un conjunto de garantías mínimas que hacen al respeto de los derechos humanos fundamentales de toda persona y de su dignidad, sin importar su condición de extranjero o si se encuentra en el territorio de un país en forma transitoria o en situación irregular.

Estas garantías deben ser respetadas y aseguradas a todas las personas sin distinción y, en el caso de los menores, deben correlacionarse con los derechos específicos que estatuye, además, el artículo 19 de la CADH, de tal forma que se reflejen en cualesquiera procesos administrativos o judiciales en los que se encuentre en controversia algún derecho de una niña o niño⁴⁴.

⁴¹ Corte IDH, Caso Forneron e hija vs. Argentina, (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 27 de abril de 2012, Serie C, No. 242, párr. 45 y Corte IDH, Caso Familia Pacheco Tineo vs. Estado plurinacional de Bolivia, (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), Sentencia de 25 de noviembre de 2013, Serie C, No. 272, párr. 217.

⁴² Corte IDH, Caso Gelman vs. Uruguay, (Fondo y Reparaciones), Sentencia de 24 de febrero de 2011, Serie C, No. 221, párr. 121.

⁴³ Corte IDH, Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 28 de agosto de 2014, Serie C, No. 282, párr. 357.

⁴⁴ Cfr. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, Párr. 95, y Corte IDH, Caso Mendoza y otros Vs. Argentina, (Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones), Sentencia de 14 de mayo de 2013, Serie C, No. 260, párr. 148.

En su OC 21/2014, la Corte hace un análisis detallado de las garantías que conforme al derecho internacional de los derechos humanos deben regir en todo procedimiento migratorio que involucre a niños, niñas o adolescentes, entre las que menciona especialmente su derecho a ser oído y a participar en las diferentes etapas procesales.

Como todo derecho reconocido le cabe como contrapartida un conjunto de deberes principalmente en cabeza de los Estados, entre los que cabe mencionar el deber de facilitación, el deber de participación personal, el deber de protección, el deber de adecuación y aseguramiento, el deber de información y el deber de consideración de las opiniones del niño o adolescente.

a) El deber de facilitación.

Se traduce en la obligación de posibilitar que los niños y adolescentes migrantes participen en todas y cada una de las diferentes etapas del proceso que los afecta y supone que los aplicadores del derecho, sea en el ámbito administrativo o en el judicial, deban tomar los recaudos necesarios para procurar su mayor acceso en tanto sus condiciones lo hagan posible y viable⁴⁵.

Como correlato de la garantía del derecho a ser oído, los Estados tienen el deber de facilitar la posibilidad de que las niñas o niños puedan participar en todas y cada una de las diferentes etapas del proceso (PIZZOLO, 2020: p. 51).

b) El deber de participación personal.

En la medida que su edad y sus condiciones de desarrollo y madurez lo permitan, los niños y sobre todo los adolescentes deben participar en forma personal y directa en los procedimientos que los involucran. En cuestiones que afectan directamente su dignidad, su libre desarrollo y sus derechos personalísimos, las opiniones de sus padres o representantes legales no pueden reemplazar las del propio menor.

⁴⁵ Cfr. Corte IDH, Caso Atala Rifo y niñas vs. Chile (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 24 de febrero de 2012, Serie C, No. 239, párr. 199.

La Corte ha dicho que las niñas y niños ejercen por sí mismos sus derechos de manera progresiva, a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía personal⁴⁶ y por ende su participación en los asuntos que los afectan debe ser personal.

En esta línea es necesario que los Estados tomen las previsiones pertinentes para considerar las formas no verbales de comunicación, como el juego, la expresión corporal y facial y el dibujo y la pintura, mediante las cuales los infantes demuestran capacidad de comprender, elegir y tener preferencias⁴⁷, de modo de garantizar instancias de participación y escucha efectiva.

Al estudiar el tema referido a la participación de los niños, HART, psicólogo especializado en investigación en ambientes infantiles, sostiene que “la participación es la capacidad para expresar decisiones que sean reconocidas por el entorno social y que afectan a la vida propia” (HART, 1993: p. 5) y agrega que la participación de los jóvenes⁴⁸ es un asunto complejo que varía no solamente según el desarrollo de la motivación y la capacidad de cada uno de ellos sino también de acuerdo al contexto familiar y cultural particular.

El autor distingue diferentes niveles de participación de los niños y adolescentes que van desde una participación simbólica o decorativa –donde no entienden el asunto en el que participan y sus opiniones no tienen incidencia ni se toman en cuenta– a una participación efectiva que conlleva la toma de decisiones por parte de ellos y su interacción con personas adultas en su calidad de iguales.

La efectiva participación de los niños y adolescentes se concreta en la posibilidad de que puedan ser escuchados y que sus opiniones puedan ser tenidas en cuenta. Para que ello resulte posible y no nos quedemos en la sola fase de la llamada participación “simbólica” de la que hablaba HART, es

⁴⁶ Cfr. Corte IDH, Caso Furlán y Familiares Vs. Argentina, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 31 de agosto de 2012, Serie C, No. 246, párr. 203, y Corte IDH Caso Mendoza y otros vs. Argentina, (Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones), Sentencia de 14 de mayo de 2013, Serie C, No. 260, párr. 143. Ver también, Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 7: Realización de los derechos del niño en la primera infancia*, UN Doc. CRC/GC/7/Rev. 1, 20 de septiembre de 2006, párr. 17.

⁴⁷ Cfr. Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 12: El derecho del niño a ser escuchado*, párr. 21.

⁴⁸ El autor utiliza este término para incluir a niños y adolescentes.

necesario que se den ciertas condiciones que permitan generar los espacios de escucha activa y desarrollar los procesos de expresión de sus ideas, opiniones, puntos de vista y su recepción por parte de los adultos⁴⁹.

En el contexto de un procedimiento migratorio esas condiciones implican que la entrevista donde se escuchará al menor se desarrolle en un ambiente amigable, seguro y privado; que previo a oír al menor se le brinde información clara y entendible sobre sus derechos y obligaciones y sobre el procedimiento en el que es parte; que esté a cargo de profesionales debidamente capacitados en el tratamiento con personas menores de edad y formados en técnicas de entrevistas que tengan en cuenta su edad, género y condiciones de madurez; que se determinen previamente su condición, es decir si se encuentra solo o separado de su familia, su nacionalidad o condición de apátrida, motivos de salida de su país de origen, etc.; que la escucha del menor se realice en un idioma y en un lenguaje que pueda comprender para asegurar su participación efectiva y, en su caso, se ponga a su disposición un intérprete; que se tenga en cuenta el entorno de donde proviene, su cultura y su situación socio-económica general.

c) El deber de protección.

Supone que cualquier declaración de un niño o adolescente deba sujetarse a las medidas de protección procesal que corresponden a éste, entre ellos, la posibilidad de no declarar, la asistencia del representante legal y la emisión de aquélla ante la autoridad legalmente facultada para recibirla⁵⁰.

Esas medidas de protección deben potenciarse cuando se trata de procedimientos en que son parte niños o adolescentes y deben ser más específicas que las que se decretan respecto de otras personas. Recordemos

⁴⁹ Al referirse a las condiciones básicas para la observancia del derecho del niño a ser escuchado (apartado d, nro. 132 de la OG 12/2009), el Comité insta a las partes a evitar los enfoques meramente simbólicos que limiten la expresión de las opiniones de los niños o que permitan que se los escuche, pero no que se tengan debidamente en cuenta sus opiniones.

⁵⁰ Cfr. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, párr. 129.

que su condición de sujetos doblemente vulnerables (en razón de su edad y de su condición de migrante) justifica extrema los cuidados.

Hay que tener presente a este respecto que en la ya citada OC 21/2014, la Corte ha señalado que las niñas y niños gozan de los mismos derechos que los adultos y, además, poseen derechos adicionales y que, por tanto, el artículo 19 debe entenderse como un derecho adicional, complementario, que el tratado establece para seres que por su desarrollo físico y emocional necesitan de protección especial⁵¹.

La Corte IDH ha insistido en sus decisiones en la importancia de garantizar la protección de los niños⁵², estableciendo que el Estado no solo debe abstenerse de interferir indebidamente en las relaciones privadas o familiares del niño y de la niña, sino también que, según las circunstancias, debe adoptar providencias positivas para asegurar el ejercicio y disfrute pleno de sus derechos. Esto exige que el Estado, como responsable del bien común, resguarde el rol preponderante de la familia en la protección del niño; y preste asistencia a la familia, mediante la adopción de medidas que promuevan la unidad familiar⁵³.

En uno de los casos más recientes, la Corte ha resaltado que la debida protección de los derechos de las niñas y niños, en su calidad de sujetos de derechos, debe tomar en consideración sus características propias y la necesidad de propiciar su desarrollo, ofreciéndoles las condiciones necesarias

⁵¹ Cfr. Corte IDH, Opinión consultiva OC-21/2014 de 19 de agosto de 2014, párr. 66.

⁵² En el Caso *Gelman vs. Uruguay*, (Fondo y Reparaciones), Sentencia de 24 de febrero de 2011, Serie C, No. 221, la Corte dicta sentencia condenando al Estado de Uruguay por considerar que se habían violado por una parte, las medidas especiales de protección de los niños y niñas que, bajo el artículo 19 de la Convención correspondían a su familia, la sociedad y el Estado, y también, el derecho a la protección de la familia reconocido en los artículos 17 de la Convención de la Convención Americana.

En el Caso *Contreras y otros vs. El Salvador*, (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia 31 de agosto de 2011, Serie C, No. 232, la Corte condena al Estado de El Salvador como responsable de la violación del derecho a la vida familiar y de la protección a la familia, reconocidos en los artículos 11.2 y 17.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con los artículos 19 y 1.1 de la misma, entre otros.

⁵³ El derecho a que se proteja la familia y a vivir en ella, reconocido en el artículo 17 de la Convención, conlleva que el Estado está obligado no sólo a disponer y ejecutar directamente medidas de protección de los niños, sino también a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar (cfr. Opinión Consultiva OC-17, supra nota 131, párr. 66).

para que vivan y desarrollen sus aptitudes con pleno aprovechamiento de sus potencialidades⁵⁴.

d) El deber de adecuación y aseguramiento.

Implica que la participación de los niños y adolescentes se ajuste a su condición y no redunde en perjuicio de su interés genuino e impone a las autoridades estatales la obligación de garantizar que la escucha se desarrolle en un espacio armónico que no resulte intimidatorio, hostil o inadecuado a la edad del menor y que el personal encargado de recibir el relato esté debidamente capacitado⁵⁵, de modo que se sienta respetado y seguro al momento de expresar su opinión en un entorno físico, psíquico y emocional adecuado a su situación.

e) El deber de información.

La participación de los menores no solo se concreta y se garantiza mediante la escucha y la consideración de su opinión sino también mediante el derecho a ser informado y a la posibilidad de tener a su alcance información apropiada a sus condiciones personales y contextuales, siendo por lo tanto el derecho a la información ineludible y complementario del derecho de opinar y ser escuchado que corresponde reconocerse a cada niño y adolescente. Cuanta mayor información tenga el menor (acorde a su madurez y su edad), mejor será su participación opinando en los asuntos que lo afecten.

Puesto que toda opinión o decisión sobre un asunto requiere el conocimiento previo de aquello sobre lo que se va a opinar o decidir, resulta indispensable que el niño o el adolescente cuenten con información adecuada y veraz que debe ser proporcionada por personal calificado en el tratamiento de niños y adolescentes.

El Comité de los Derechos del Niño en la Observación General 12/2009 al referirse al derecho a ser oído en los procedimientos de inmigración y asilo

⁵⁴ Cfr. Corte IDH Caso Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala, (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 9 de marzo de 2018, Serie C, No. 351, 09/03/2018.

⁵⁵ Cfr. Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 12: El derecho del niño a ser escuchado, párr. 34.

destaca que debe darse a los niños toda la información pertinente, en su propio idioma, acerca de sus derechos, los servicios disponibles, incluidos los medios de comunicación, y el proceso de inmigración y asilo, para que se haga oír su voz y que su opinión se tenga debidamente en cuenta en los procedimientos. Incluso corresponde se les suministre datos sobre el paradero de su familia que los niños solicitantes de asilo pueden necesitar e información actualizada sobre la situación en su país de origen para determinar su interés superior⁵⁶.

Este deber de suministrar información por parte de las autoridades ante quienes tramita el proceso migratorio y, al mismo tiempo, el derecho de recibirla por parte de los niños y adolescentes, se resalta como imperativo también en la Observación General 6/2005 al disponerse que los menores deberán disponer de “toda la información pertinente acerca de, por ejemplo, sus derechos, servicios existentes, en especial medios de comunicación, el procedimiento para solicitar el asilo, la localización de la familia y la situación en el país de origen (artículos 13, 17 y párrafo 2 del artículo 22) [...]. La información antedicha se proporcionará en forma que sea acorde con la madurez y el nivel de comprensión del menor”.

Como se ha dejado expresado, el derecho del niño y del adolescente a ser oído y a ser debida y oportunamente informado se aplica a toda clase de procedimiento administrativo y en cualquiera de sus etapas o instancias de tramitación. Así, en la primera etapa de contacto con niños y adolescentes migrantes que llegan a los Estados, sus autoridades fronterizas están obligadas a realizar una evaluación inicial que necesariamente debe comprender un espacio donde el menor pueda expresarse y ser escuchado en relación a la situación que lo afecta para poder determinar sus vulnerabilidades y necesidades especiales de protección⁵⁷.

⁵⁶ Cfr. párr. 124.

⁵⁷ Este procedimiento de evaluación inicial debe efectuarse en un ambiente amigable y que otorgue garantías de seguridad y privacidad, así como encontrarse a cargo de profesionales competentes formados en técnicas de entrevistas que tengan en cuenta la edad y el género. Además, los Estados deben tomar en cuenta las garantías procedimentales mínimas acordes a los principios de interés superior de la niña o del niño y su protección integral, los cuales incluyen, pero no están limitadas a las siguientes: que la entrevista se realice en un idioma que la niña o el niño pueda comprender; que sea centrado en las niñas y niños, sensible al género, y asegure su participación; que el análisis tome en cuenta la seguridad y la posible reunificación familiar; que reconozca la cultura de la niña o niño y considere su rechazo a pronunciarse en presencia

También, en los procesos de determinación del status migratorio se deberá respetar el derecho de niños y adolescentes a ser oídos y a participar en las diferentes etapas de tramitación del proceso, toda vez que las decisiones que se adopten (sea el otorgamiento de una residencia, su expulsión o deportación) pueden tener repercusiones profundas sobre la vida y su desarrollo. De igual manera, deberá garantizarse la efectiva participación de niños y adolescentes migrantes en los procesos judiciales en los que sean parte, debiendo el juez o el tribunal disponer de las medidas procesales pertinentes para escucharlos, siendo deseable que dichos procesos tramiten ante una autoridad judicial especializada en niñez y adolescencia.

Además, en los casos que se tomen medidas de atención y alojamiento de menores que se encuentren solos o separados de sus familias, se mantendrán informados de las disposiciones para su atención y se tendrán en cuenta sus opiniones; en los procedimientos de solicitud de asilo o refugio, si lo permiten la edad y madurez del menor, antes de que se adopte una decisión definitiva, debería existir la oportunidad de una entrevista personal con un funcionario competente y si el menor no se pudiera comunicar directamente con aquél en un idioma común, se solicitará la intervención de un intérprete; en los procesos de identificación de soluciones duraderas que resuelva sus necesidades de protección, de reunión familiar y de retorno al país de origen, se tendrán en cuenta sus opiniones⁵⁸.

f) El deber de considerar las opiniones del niño, niña o del adolescente.

El Comité de los Derechos del Niño ha señalado que el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño no sólo establece el derecho de cada niño de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afectan, sino

de adultos o familiares; que provea de un intérprete en caso de ser necesario; que cuente con personal altamente calificado para tratar con niñas y niños y facilidades adecuadas; que provea asesoría legal en caso de ser requerida; que brinde información clara y entendible sobre los derechos y obligaciones que tiene la niña o el niño y sobre la continuación del procedimiento (Cfr. Corte IDH, Opinión consultiva OC-21/2014 de 19 de agosto de 2014, párr. 85).

⁵⁸ OG 6/2005, párr. 40, 71, 79, 81 y 84.

que abarca también el subsiguiente derecho de que esas opiniones se tengan debidamente en cuenta, en función de la edad y madurez del niño no bastando con escucharlo sino que “las opiniones del niño tienen que tomarse en consideración seriamente a partir de que él sea capaz de formarse un juicio propio [...]. Si el niño está en condiciones de formarse un juicio propio de manera razonable e independiente, el encargado de adoptar decisiones debe tener en cuenta las opiniones del niño como factor destacado en la resolución de la cuestión”⁵⁹.

Este conjunto de deberes brevemente descriptos, son de ineludible cumplimiento por parte de los Estados y aseguran que los actos administrativos que sus autoridades dicten o las decisiones judiciales que emitan sean respetuosas de las garantías mínimas que conforman el debido proceso entre las que se destaca como primordial, el derecho del menor a ser oído con el alcance y las connotaciones que se han explicitado.

La jurisprudencia de la Corte IDH ha contribuido a establecer estándares de protección de los derechos de niños y adolescentes en los procesos migratorios que los involucran. Especialmente, a través de los casos en los que ha debido resolver, la Corte ha sido contundente en el reconocimiento del derecho de participación de niños y adolescentes a través de su derecho a ser oído y el derecho a que sus opiniones sean tenidas en cuenta.

En el *Caso Familia Pacheco Tineo vs. Estado plurinacional de Bolivia*, el Tribunal dijo que el artículo 19 de la Convención, además de otorgar una protección especial a los derechos reconocidos en ésta, establece una obligación a cargo del Estado de respetar y asegurar los derechos reconocidos a los niños en otros instrumentos internacionales aplicables, destacando como relevante la referencia a los artículos 12 y 22 de la Convención sobre los Derechos del Niño, los cuales reconocen, respectivamente, el derecho de los niños de gozar de la oportunidad de ser escuchados en todo procedimiento judicial o administrativo que los afecte⁶⁰.

⁵⁹ Cfr. Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 12, párr. 15, 28, 29 y 44.

⁶⁰ Corte IDH Caso Familia Pacheco Tineo vs. Estado plurinacional de Bolivia, (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), Sentencia de 25 de noviembre de 2013, Serie C, No. 272, párr. 219.

En el citado caso, a raíz del planteo en relación a los menores Pacheco Tineo (Frida, Juan y Juan Ricardo), la Corte resaltó la necesidad de garantizar la participación de los menores, estimando, por una parte, la importancia del derecho de los niños a expresar sus opiniones y participar de una manera significativa en el contexto de los procedimientos de asilo y, por la otra, la relevancia especial que adquiere la participación de los niños cuando se trata de procedimientos que puedan tener carácter sancionatorio, en relación con una infracción al régimen migratorio, abiertos contra niños migrantes o contra su familia, sus padres, representantes o acompañantes, pues ese tipo de procedimientos pueden derivar en la separación de la familia y en la subsecuente afectación del bienestar de los niños, independientemente de que la separación ocurra en el Estado que expulsa o en el Estado donde sean expulsados.

Estos criterios y estándares de protección han sido sostenidos por la Corte en todos los casos donde ha intervenido y se han puesto en juego los derechos de niños, niñas y adolescentes migrantes.

iv. Los procedimientos migratorios en frontera

Las fronteras constituyen zonas complejas dado que allí confluyen una diversidad de factores que van desde desequilibrios económicos y sociales a ambos límites, operaciones comerciales, tránsitos de personas en general, tránsitos turísticos y tránsitos cotidianos de los pobladores vecinos, hasta operaciones ilegales que tienen que ver con el tráfico de personas y de bienes. Estos factores, potenciados en la mayor parte de los casos por la inequidad y las incoherencias normativas, aumentan las situaciones de riesgo y vulnerabilidad a la que normalmente están expuestas las personas migrantes, particularmente los niños y adolescentes.

Sumada a esta complejidad que presentan las fronteras, aparecen otros componentes vinculados con la seguridad nacional, el antiterrorismo y la prevención de delitos que requieren máxima vigilancia en estos espacios

límites para prevenir el ingreso de aquellos que constituyen una amenaza interna para los Estados.

Por todos estos motivos resulta fundamental una adecuada gestión de las fronteras, espacios donde se llevan a cabo ciertos procedimientos migratorios iniciales que tienen que ver con el ingreso y admisión de personas y que inciden en su posterior y eventual residencia en el país de destino o reubicación en un tercer país, sobre todo porque allí, en medio de ese escenario, a veces adverso y a veces hostil, llegan niños y adolescentes cargados de sus historias de vida y de sus problemas, de aquello de lo que escapan o de aquello que buscan.

Por ello las obligaciones estatales respecto de la niñez migrante deben incluir el respeto de los derechos humanos y de las garantías fundamentales que consagra la CADH en todas las etapas de la migración incluyendo los trámites y procesos que se cumplen en frontera. Así lo ha establecido la Corte IDH al indicar que “las autoridades fronterizas no deben impedir el ingreso de niñas y niños extranjeros al territorio nacional, aun cuando se encuentren solos, no deben exigirles documentación que no pueden tener y deben proceder a dirigirlos de inmediato a personal que pueda evaluar sus necesidades de protección, desde un enfoque en el cual prevalezca su condición de niñas y niños”⁶¹.

Partiendo de considerar a las migraciones como un proceso social y no exclusivamente asociado a la inseguridad, resulta necesario la implementación en frontera de procedimientos de facilitación y no de restricción. En general, pero particularmente tratándose de menores, estos procedimientos deben aspirar a ser eficaces, ágiles y no restrictivos de su libertad, además de ser accesibles, no invasivos, cordiales, seguros y principalmente resolutivos.

El procedimiento será eficaz, ágil y no restrictivo en tanto se desarrolle en forma expedita evitando acciones dilatorias, demoras innecesarias y detenciones⁶²; será accesible, si se adapta a los niños, lo que supone que sea menos formal, más flexible y relativamente de fácil comprensión por ellos⁶³; y será no invasivo, en tanto a través de él se procure obtener información útil y

⁶¹ Cfr. Corte IDH, Opinión consultiva OC-21/2014 de 19 de agosto de 2014, párr. 83.

⁶² Entendiendo por ello, el hecho de que la persona, en este caso la niña y/o el niño, no pueden o no tienen la posibilidad de salir o abandonar por su propia voluntad el recinto o establecimiento en el cual se encuentra (cfr. OC 21/2014, párr. 145).

⁶³ Cfr. OG N° 12, párr. 66.

precisa sobre el niño o adolescente y al mismo tiempo se preserve y respete su intimidad.

Es importante también que resulte un procedimiento seguro en el sentido que provea datos confiables y evite la exposición de los menores a situaciones de riesgo y peligro; cordial, es decir, que garantice un ambiente propicio para su interrogación; y resolutivo, priorizando en todos los casos arribar a una resolución oportuna y respetuosa del interés superior del niño.

La concreción de procedimientos de estas características que se han apuntado requiere además que vayan acompañados de una gestión de frontera eficiente y eficaz cuyos componentes clave son los datos, la tecnología, el personal capacitado, la capacidad para evitar fraudes y para auditar⁶⁴, componentes que en muchos casos son escasos, deficientes o inexistentes.

Así, la presencia de niños y adolescentes detectados en frontera, sea que se presenten solos o acompañados, requiere de personal fronterizo capacitado en técnicas de interrogación para detectar posibles casos de sometimiento a delitos de trata o tráfico o situaciones de peligro inminente. Las autoridades fronterizas deben actuar con suma diligencia para identificar las diferentes situaciones que requieren de una actuación oportuna, adecuada y justa⁶⁵. Esta detección inmediata es clave para encauzar el trámite migratorio

⁶⁴ Los componentes operativos clave de un sistema de gestión de fronteras efectivo, son subsistemas interconectados (y preferentemente automatizados) que incluyen personal calificado, capacidad para realizar auditorías, cooperación entre agencias internacionales y sociedades estratégicas con transportistas y la industria (OIM, (cfr. Sistemas de gestión de fronteras, Sección 3.3. OIM (Organización Internacional para las Migraciones, pág. 24).

⁶⁵ Los Estados tienen la obligación de adoptar determinadas medidas de control de frontera con el objeto de prevenir, detectar y perseguir cualquier tipo de trata de seres humanos. Para ello, deben disponer de funcionarios especializados encargados de identificar a todas aquellas víctimas de la trata de seres humanos, prestando especial atención a las que sean mujeres, niñas o niños. A tal fin, resulta esencial que se tome la declaración de la víctima con el objeto de establecer su identidad y de determinar las causas que le obligaron a salir de su país de origen, tomando en cuenta que las víctimas o víctimas potenciales de trata de personas pueden ser refugiadas en caso de reunir los elementos para ello. Para asegurar un trato adecuado a las víctimas o víctimas potenciales de trata infantil, los Estados deben otorgar las debidas capacitaciones a los funcionarios que actúan en frontera, sobre todo en materia de trata infantil, con el objeto de poder brindar a la niña o al niño un asesoramiento eficaz y una asistencia integral. En los casos de niñas y niños que se encuentren acompañados de adultos, la autoridad fronteriza u otra debe asegurarse que aquellos no conozcan a sus acompañantes para evitar casos

correctamente y evitar denegaciones o devoluciones en perjuicio del propio menor. La disponibilidad de información rápida y fehaciente que aporte el sistema y la conexión con otras bases de datos resultará también crucial en orden a aquel objetivo.

La Corte IDH ha enfatizado la necesidad de que el procedimiento migratorio inicial cumplido en frontera debe ofrecer las garantías mínimas e incluir mecanismos efectivos para obtener información y detectar las vulnerabilidades y necesidades especiales de protección del menor que se presente en frontera⁶⁶.

Este procedimiento dependerá del tipo de frontera y de los recursos disponibles en cada caso, existiendo fronteras –como las terrestres– que presentan mayor complejidad porque el propio contexto contribuye a que así sea⁶⁷ y otras –como las marítimas, aéreas y fluviales– en las que la organización propia de la actividad favorece al orden migratorio⁶⁸. En todos los casos, deberán extremarse los recaudos para que el tratamiento adecuado e individualizado de los niños y adolescentes que transiten por ellas redunde en un efectivo reconocimiento de sus derechos y garantías fundamentales.

de trata y explotación. Esto no conlleva, de modo alguno, a que todo caso en que una niña o niño se haya movilizadado en forma independiente y se encuentre acompañado de un adulto que no sea familiar deba automáticamente ser considerado un caso de trata por las autoridades correspondientes y devuelto a su país de origen. Al respecto, se exige la más estricta diligencia por parte de las autoridades fronterizas para identificar las diferentes situaciones que requieren de una actuación oportuna, adecuada y justa (Cfr. Corte IDH, Opinión consultiva OC-21/2014 de 19 de agosto de 2014, párr. 92 y 93).

⁶⁶ Cfr. Corte IDH, Opinión consultiva OC 21/2014 de 19 de agosto de 2014, párr. 84, 85 y 86.

⁶⁷ Estas fronteras, cuando están cercanas a poblaciones, plantean un esquema particular dado que allí se desarrollan otra clase de vínculos con las personas que viven al límite territorial, el tránsito vecinal se combina con el turístico y con el forzoso complicando los controles y las limitaciones son mayormente rechazadas; cuando se encuentran alejadas de centros poblados, aparecen otros inconvenientes dados por la imposibilidad de dotarlas de servicios, infraestructura y recursos humanos.

⁶⁸ En el caso de las fronteras marítimas, aéreas o fluviales la actividad que desarrollan requiere de controles y procedimientos estrictos y hay mayor acceso a sistemas informáticos y soportes tecnológicos.

V. Conclusiones

Dijimos que los niños, niñas y adolescentes por su condición de personas y sujetos de derechos son titulares de derechos y corresponde asegurarles su pleno goce y disfrute, pero también su ejercicio cuando las condiciones personales y las circunstancias del caso lo permitan.

Estos derechos tienen como correlato necesario la obligación de los Estados de cumplir las disposiciones convencionales (CADH) y el resto del plexo normativo protectorio.

Tratándose del derecho a ser oído, esa obligación asumida se traduce en deberes que las autoridades estatales deben observar para asegurar que dicho derecho, en tanto garantía del debido proceso legal, sea efectivamente reconocido en todos los procedimientos migratorios que involucren a niños y adolescentes. Propiciar la participación personal de los niños y adolescentes en los procedimientos que afecten sus derechos, facilitando y asegurando que sus opiniones se expresen en un contexto adecuado, previo a haber recibido la información apropiada a sus condiciones personales y contextuales, configuran los principales deberes de observancia obligatoria.

De la labor desarrollada a nivel normativo e institucional, fortalecida y complementada por los estándares de protección definidos por la jurisprudencia en el sistema interamericano que ha sumado principios e interpretaciones de marcado corte garantista, se pueden destacar algunas acciones que se visualizan como prioritarias en orden a garantizar la efectividad del derecho a ser oído de los niños y adolescentes en el marco de los procedimientos migratorios:

- La formación continua y la capacitación de los agentes públicos (administrativos y judiciales) que intervienen en la tramitación de los procedimientos migratorios y, particularmente, de los agentes que cumplen funciones en frontera.

- La especialización de los funcionarios en la protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes. Al tratarse de procesos en los que se ven

involucrados migrantes menores de edad, las decisiones en materia migratoria no pueden ser delegadas a funcionarios no especializados. En consecuencia, en lo que concierne a procedimientos que involucren a niñas y niños, los Estados deben garantizar que las personas que intervengan en los mismos se encuentren debidamente capacitadas, de forma que puedan identificar las necesidades especiales de protección de la niña o niño, de conformidad con el interés superior⁶⁹.

- La existencia de un foro judicial migratorio con competencia en el conocimiento de los procesos de naturaleza migratoria.

- La contención y seguimiento de cada caso a través del trabajo coordinado de las autoridades migratorias con los organismos de protección de la niñez y la adolescencia que funcionan en el ámbito interno de cada Estado, en miras a atender las necesidades que presente el menor y eventualmente su familia, a lo que debe sumarse el trabajo también articulado con las agencias internacionales y los foros especializados en materia de protección de los derechos del niño y de la niñez migrante.

- La conformación de equipos técnicos en el seno de los órganos administrativos y legislativos como instancias permanentes de consulta y asesoramiento en temas migratorios.

- La dotación de los recursos y la infraestructura necesaria para llevar a cabo los procedimientos migratorios en frontera.

- El mejoramiento de los canales de información a través de bases de datos y sistemas actualizados y compartidos entre los Estados que permitan en el contexto de un procedimiento migratorio obtener información fehaciente y expedita en relación a la situación de los menores migrantes.

VI. Bibliografía

BARATTA, A. (1998). Infancia y democracia, en GARCÍA MÉNDEZ, E. y BELOFF, M., (comps.), *Infancia, ley y democracia en América Latina*, Bogotá: Temis/Depalma.

⁶⁹ Cfr. Corte IDH, Opinión consultiva 21/2014 de 19 de agosto de 2014, párr. 121.

GROSMAN, C. P. (2019). La participación de niños, niñas y adolescentes en la sociedad en *Los derechos personalísimos de niñas, niños y adolescentes. En especial sus derechos a la salud y al cuidado de su propio cuerpo*, Tomo II, Rubinzal Culzoni: Santa Fe.

HART, R. (1993). La participación de los niños: de la participación simbólica a la participación auténtica en Ensayos Innocenti No. 4, UNICEF, Bogotá. Accesible en: https://www.unicef-irc.org/publications/pdf/ie_participation_spa.pdf

IPPDH-OIM. (2016) *Derechos humanos de la niñez migrante. Migración y Derechos Humanos*. Nro. 2 (1º ed.), Buenos Aires.

IPPDH-Save the Children (2019). *Protección de niños, niñas y adolescentes en el contexto de la migración. Manual de aplicación de estándares internacionales y regionales de derechos humanos*. Buenos Aires. Accesible en: <https://www.ippdh.mercosur.int/publicaciones/proteccion-de-ninos-ninas-y-adolescentes-en-contextos-de-migracion/>

IPPDH-OIM (2017). *Niños, niñas y adolescentes a través de las fronteras del MERCOSUR. Motivo y modalidades de los cruces entre Argentina y Paraguay. Aportes para pensar la protección*. Buenos Aires. Accesible en: <https://www.ippdh.mercosur.int/publicaciones/ninos-ninas-y-adolescentes-a-traves-de-las-fronteras-del-mercosur/>

OIM. *Sistema de Gestión de Fronteras. Sección 3.3. Fundamentos de Gestión de la Migración. Volumen Tres: Gestión de la Migración*.

PIZZOLO, C. (2020). Sistema interamericano: las garantías mínimas del debido proceso aplicadas a los procedimientos migratorios en *Revista Integración Regional & Derechos Humanos /Revista Regional Integration & Human Rights*

/Review. Centro de Excelencia Jean Monnet Universidad de Buenos Aires, Argentina. Año VIII – Nr. 1, pp. 38-78. Accesible en: <http://www.derecho.uba.ar/institucional/centro-de-excelencia-jean-monnet/revista-electronica-integracion-regional-y-ddhh.ph>

THEA, F. G. (2009). Las garantías del debido proceso en la toma de decisiones públicas en *La Ley*, Suplemento Administrativo, Id SAIJ: DACF090047. Accesible en: http://www.saij.gob.ar/doctrina/dacf090047-thea-las_garantias_debido_proceso.htm

Seguí las actividades

del Centro de Excelencia Jean Monnet IR&DH en:

www.derecho.uba.ar/institucional/centro-de-excelencia-jean-monnet/



CentrodeExcelenciaIRDH



@centro_dh



centrodeexcelenciajmbairdh



Centro de Excelencia Jean Monnet IR&DH