

LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES EN SITUACIONES DE ESPECIAL VULNERABILIDAD COMO LOS MOVIMIENTOS MIGRATORIOS MASIVOS

Amalia URIONDO DE MARTINOLI (Argentina)*

Sumario: I. Nociones introductorias. II. Precisión de conceptos. III. Medidas adoptadas en el ámbito del Mercosur. IV. Delimitación del tema. V. El derecho del niño a ser oído. VI. Adecuación de la legislación argentina.

Resumen: El objetivo de estos comentarios es reflexionar en clave de los derechos humanos, sobre los menores involucrados en movimientos migratorios masivos, que dan como resultado formas particularmente graves de desprotección y riesgo a sus vidas e integridad física. Se tendrá en consideración la situación de los derechos del niño en el contexto de la migración, en especial, el derecho que él tiene de expresar su opinión en cualquier procedimiento en el cual se discutan sus derechos, siempre que esté en condiciones de formarse un juicio propio. Los comentarios finalizan con la enunciación de las medidas legislativas argentinas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías.

Palabras clave: migración– niños– vulnerabilidad– derecho a ser oído

Abstract: The purpose of these comments is to reflect on human rights, about minors involved in massive migratory flows, resulting conditions of particularly serious vulnerability and risk to their lives and physical integrity. The situation of children's rights in the context of migration will be taken into consideration, especially the right to express their opinion in every procedure where their rights are discussed, provided they are in a position to form their own judgment. The comments end with the enunciation of Argentine's legislative measures leading to the effective observance of these guarantees.

Keywords: migration– children– vulnerability– right to be heard.

I. Nociones introductorias

El objetivo de estos comentarios es reflexionar en clave de los derechos humanos, sobre los menores involucrados en movimientos migratorios masivos, que dan como resultado formas particularmente graves de desprotección y riesgo a sus vidas e integridad física. Con tal fin, se hace una descripción general de los menores migrantes o hijos de migrantes con base en manifestaciones de ciertos organismos internacionales. Luego, se delimitará el alcance conceptual de los términos utilizados

* Miembro del IHLADI

en la exposición. La siguiente etapa, es considerar la situación de los derechos del niño en el contexto de la migración, en especial, el derecho que él tiene de expresar su opinión en cualquier procedimiento en el cual se discutan sus derechos, siempre que esté en condiciones de formarse un juicio propio. Los comentarios finalizan con la enunciación de las medidas legislativas argentinas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías. Planteado el itinerario de los comentarios, conviene realizar algunas aclaraciones conceptuales básicas.

Si bien las niñas y los niños generalmente se trasladan junto a sus padres, miembros de la familia ampliada u otros adultos, en la actualidad un número creciente y significativo migra en forma independiente y sin compañía¹. Los motivos que provocan que un menor esté en situación de no acompañado o separado de su familia son variados y numerosos e implican una mezcla de factores políticos, económicos y sociales. Entre ellos, figuran la movilización del niño con fines de reunificación familiar, para reagruparse con familiares que ya migraron; la persecución del menor o de sus padres; por afectaciones derivadas del crimen organizado; abuso familiar o extrema pobreza; cambios repentinos o progresivos del medio ambiente que afectan adversamente su vida o sus condiciones de vida; un conflicto internacional o una guerra civil; para ser transportados en el contexto de una situación de explotación, incluida la trata infantil; sin olvidar la venta por los padres y la búsqueda de mejores oportunidades económicas².

Estos colectivos se identifican particularmente sensibles a las lesiones de derechos humanos y, por tanto, particularmente vulnerables. En efecto, el nivel de vulnerabilidad de los niños resulta más alto porque a la situación de especial fragilidad por su condición de migrante se le suma la calidad de menor. El informe anual “Tendencias globales” del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) de 19 de junio de 2018, destaca que las guerras, la violencia y la persecución desarraigaron a 68,5 millones de hombres, mujeres y niños en todo el mundo, a fines de 2017. El mismo informe, analiza los desplazamientos forzados en base a los hechos recopilados por este organismo, los gobiernos y otros socios.

La Red Europea de Migraciones ha puesto de manifiesto que entre 2014 y 2017 llegaron 219.575 niños sin la compañía de un familiar adulto a la UE y Noruega y solicitaron protección. Además, al menos otros 48.000 de ellos llegaron al continente tanto por vía marítima como terrestre y quedaron fuera del sistema. Los principales países de origen son Afganistán, Siria, Eritrea, Iraq y Somalia y alrededor

¹ Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, Sr. Jorge Bustamante, Promoción y Protección de todos los Derechos Humanos, Civiles, Políticos, Económicos, Sociales y Culturales, incluido el Derecho al Desarrollo, UN Doc. A/HRC/11/7, 14 de mayo de 2009, párr. 19.

² Comité de los Derechos del Niño: Observación General n° 6 (1 de septiembre de 2005) “Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen”, apartado 2.

del 11% son niñas. Sus principales países de destino final son Alemania, Suecia, Italia, Austria y Hungría, calculándose que al menos 30.000 han desaparecido del sistema³. España fue, según ACNUR, el país mediterráneo al que más menores no acompañados llegaron en 2018, cerca de 5.500. El Gobierno español y el marroquí ya han puesto en marcha la devolución de menores marroquíes no acompañados acogidos en España. Esta medida supone la reactivación de un acuerdo con Marruecos de 2012 que el Ejecutivo trataba de resucitar tras el importante repunte de entradas irregulares⁴.

A principios de este año, dijo UNICEF que a raíz de la crisis migratoria en Venezuela, se estima que 1,1 millones de niños y niñas —entre ellos los que han salido del país por los más diversos caminos, así como los que regresan a sus lugares de origen y los que viven en comunidades de acogida y de tránsito— necesitarán protección y acceso a los servicios básicos —atención de la salud y la educación— en toda la región de América Latina y el Caribe durante 2019⁵. Para hacer frente a los problemas que plantea esta migración a gran escala, el Gobierno de Ecuador firmó el 5 de noviembre de 2018 el protocolo de “Procedimiento de atención para menores y sus familias en contexto de movilidad humana”, con énfasis en la atención del flujo de ciudadanos venezolanos⁶. El protocolo establece mecanismos de protección para los niños migrantes, tanto aquellos que llegan solos como los que vienen acompañados por sus familias, con o sin documentación oficial.

La situación es mucho más compleja por el déficit de datos sobre personas refugiadas, solicitantes de asilo, migrantes y poblaciones desplazadas internamente que ponen en peligro la vida y el bienestar de muchísimos niños en movimiento. Se estima que 28 millones de menores en todo el mundo vivían en situación de desplazamiento forzado en 2016, pero la verdadera cantidad que se vieron expulsados de sus hogares sigue siendo desconocida y es probable que sea significativamente más alta que la estimación, debido a los vacíos en los informes y los datos. En ausencia de referencias confiables, los riesgos y vulnerabilidades que enfrentan los niños en movimiento permanecen ocultos y sin abordar, privándolos de la protección y los servicios que necesitan⁷.

Respecto a la deficiente información estadística, UNICEF, ACNUR, la Organización Internacional para las Migraciones (OIM), la Organización para la Cooperación y el Desarrollo (OCDE) y la Oficina Europea de Estadística (Eurostat) han

³ Asociación Pro Derechos Humanos de Andalucía *Derechos humanos en la Frontera Sur 2019: infancia migrante*, Sevilla (España), marzo 2019.

⁴ M. Martín “El gobierno pone en marcha el proceso para devolver menores marroquíes”, *El País*, Edición América, 23/04/2019.

⁵ UNICEF, comunicado de prensa 4/04/19.

⁶ Diario El telégrafo, 5 de noviembre de 2018 bajo esta dirección: <https://www.eltelegrafo.com.ec/noticias/ecuador/1/ecuador-protocolo-menores-migrantes>.

⁷ Comunicado de prensa de UNICEF de 15 de febrero de 2018.

denunciado lagunas alarmantes. En el informe “Un llamado a la acción: proteger a los niños en movimiento comienza con mejores datos”, los mencionados organismos muestran cuán cruciales son los detalles referidos a la edad, sexo y origen para comprender los patrones de migración global y desarrollar políticas para apoyar a grupos vulnerables como ellos⁸. Años atrás, la Corte IDH ya había acentuado la necesidad de crear una base de datos con el registro de los niños que ingresen al territorio nacional para una protección adecuada de sus derechos⁹ sociales básicos, como la educación, la salud y la vivienda, entre otras muchas circunstancias.

Bajo esa óptica, se afirma que cuanto peores son las circunstancias en que se realiza la migración, más grandes son sus riesgos y más graves, de verificarse, son sus consecuencias. Es el caso de lo que padecen los pequeños cuando son evacuados, desplazados, refugiados o quedan atrapados en conflictos armados. Dice Dennis McNamara, ex encargado de Protección Internacional de ACNUR, que “los niños refugiados sufren un doble riesgo. En primer lugar, una negación de sus derechos humanos que los convierte en refugiados. Y como niños refugiados también suelen sufrir abusos al ser el grupo más vulnerable de una población de por sí vulnerable”¹⁰. De hecho, los niños migrantes irregulares son vulnerables no sólo por ser niños, sino también porque son migrantes y personas en situación irregular.

En palabras de ACNUR “[...] la condición irregular de un migrante no debe privarle del disfrute y el ejercicio de los derechos fundamentales establecidos en la Convención Americana y en otros instrumentos de derechos humanos. Es necesario resaltar la vulnerabilidad de los migrantes, la cual se ve exacerbada no sólo por el número limitado de países que han ratificado los instrumentos internacionales para su protección, sino también por la carencia de una organización internacional que tenga el mandato específico de proteger los derechos fundamentales de tales personas”¹¹.

Es pertinente, al respecto, lo señalado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución sobre “Protección de los migrantes”, en el sentido que se debe tener presente “la situación de vulnerabilidad en que suelen encontrarse los migrantes debido, entre otras cosas, a que no viven en sus Estados de origen y a las

⁸ Informe de ACNUR de 15 de febrero de 2018, “El masivo déficit de datos deja a los niños refugiados, migrantes y desplazados en grave peligro y sin acceso a los servicios básicos”.

⁹ Corte IDH: Opinión consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014 solicitada por la República Argentina, la República Federativa de Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay. “Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional”, apartado 83.

¹⁰ J.M. Petit, “Migraciones, vulnerabilidad y políticas públicas. Impacto sobre los niños, sus familias y sus derechos”, Centro Latinoamericano y Caribeño de Demografía (CELADE)– División de Población, Serie 38, Santiago de Chile, mayo de 2003, p. 18.

¹¹ Corte IDH: Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, solicitada por los Estados Unidos mexicanos: “Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados”, p. 79.

dificultades que afrontan a causa de diferencias de idioma, costumbres y culturas, así como las dificultades económicas y sociales y los obstáculos para regresar a sus Estados de origen a que deben hacer frente los migrantes sin documentación o en situación irregular”¹². La integración que se predica en el continente europeo, “es la asimilación cultural por parte del migrante, es decir: el migrante tiene que esforzarse en encajar en la sociedad de recepción, que no de acogida. Los menores pierden el sentimiento de pertenencia a la sociedad que les ha criado y cuidado y lo cambian por una sociedad que les ha dado todo gratis y sin obligaciones ni responsabilidades”¹³. A medida que aumenta el tiempo en que ellos están alojados en centros solo para menores extranjeros, donde faltan mediadores y psicólogos, como ha denunciado recientemente UNICEF, la mecha de la xenofobia también ha tardado poco en prender.

Si bien en el ámbito interamericano no existe un tratado específico sobre los derechos de niños migrantes, el derecho a la protección de la infancia lo establece el art. 7 de la Declaración americana de los derechos y deberes del hombre¹⁴; y el derecho que todo niño tiene a las medidas de protección por parte de la familia, la sociedad y el Estado, lo señala el art. 19 de la Convención americana sobre los derechos humanos de 22 de noviembre de 1969¹⁵. Asimismo, cabe apuntar que en el ámbito de la OEA existe un órgano especializado en la infancia, el Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes (IIN). Como tal, asiste a los Estados en el desarrollo de políticas públicas, contribuyendo 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 adelante, NNA) en la región.

II. Precisión de conceptos

A fin de abordar la presente temática, considero esencial definir los términos que se utilizarán en estos comentarios:

Migración internacional: William Petersen ha señalado que: “el concepto que encierra la palabra ‘migración’ está virtualmente ‘acribillado’ por la ambigüedad”, a su vez intentó avanzar en la elaboración de su significado al separar los dos momentos que forman parte del proceso de migración, observando que “la acción de establecerse en otro lugar de residencia, o sea, la inmigración, era precedida por

¹² Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución A/RES/54/166 sobre “Protección de los migrantes”, de 24 de febrero de 2000.

¹³A. Belattar, “Hijos de nadie, génesis de una generación perdida”, El País, Edición América 5/04/19.

¹⁴Aprobada en la IX Conferencia Internacional Americana, Bogotá, Colombia 1948.

¹⁵ Los dos documentos figuran entre los que gozan de jerarquía constitucional según lo dispone el art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional Argentina de 1994.

otra, la emigración, la cual implicaba no sólo un simple ‘abandono’ de la propia comunidad, sino, además un cambio del marco sociocultural”¹⁶.

Migrante irregular: persona que habiendo ingresado ilegalmente o tras el vencimiento de su visado, deja de tener status legal en el país receptor o de tránsito. El término se aplica a los migrantes que infringen las normas de admisión del país o a cualquier otra persona no autorizada a permanecer en el país receptor (también llamado clandestino/ ilegal/migrante indocumentado o migrante en situación irregular)¹⁷.

Niño: se prefiere usar el vocablo niño dentro del cual, según la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989¹⁸ (en adelante, CDN), quedarían comprendidos todos los seres humanos que no hayan alcanzado los dieciocho años de edad, salvo que hubiese alcanzado antes la mayoría de edad por mandato de ley (art. 1). En cambio, la definición de menor varía de unos países a otro. Circunscribimos la comparación a las legislaciones nacionales de los Estados miembros del Mercosur. El art. 25 del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina (que comenzó a regir en agosto de 2015) en sintonía con la solución convencional, acude también a ese punto específico de la vida para definir al menor de edad (18 años); mientras que denomina adolescente a la persona menor de edad que cumplió trece años. El art. 2 del Estatuto del niño y del adolescente de Brasil (ley 8069 de 1990) establece que para los efectos de esta ley, se considera niño, a la persona hasta doce años de edad incompletos, y adolescente a la comprendida entre doce y dieciocho años de edad. El Código de la Niñez y la Adolescencia de Paraguay (Ley 1680/01) ha establecido la mayoría de edad a los dieciocho años, poniendo el sistema jurídico paraguayo en concordancia con la propia CDN. De acuerdo a la Ley 2.169/03, se considera niño a toda persona humana desde la concepción hasta los trece años de edad; adolescente a la que se encuentra entre los catorce y los diecisiete años; y, mayor de edad, a partir de los dieciocho años. Finalmente, el art. 1 del Código de la Niñez y la Adolescencia de Uruguay, entiende por niño a todo ser humano hasta los trece años de edad y por adolescentes los mayores de 13 y menores de 18 años de edad (ley 17.823, 26/08/2004). Como se aprecia, existen coincidencias pero también diferencias en cuanto a los límites temporales elegidos por los distintos ordenamientos estatales para definir a la persona menor de edad.

Niña o niño no acompañado: elque está separado de ambos progenitores y otros parientes y no está al cuidado de un adulto al que, por ley o costumbre, incumbe esa responsabilidad¹⁹.

¹⁶ W. Petersen, *Population*, Nueva York, The MacMillan Company, 1975, p. 280.

¹⁷ Derecho Internacional sobre migración. Glosario sobre Migración n° 7 de la OIM, Ginebra 2006, p. 43.

¹⁸ La Convención ha sido incorporada en la Constitución Nacional Argentina de 1994 con jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22).

¹⁹ Comité de los Derechos del Niño: Observación General n° 6 (1 de septiembre de 2005), apartado 7.

Niña o niño separado: el que está separado de ambos progenitores o de sus tutores legales o habituales, pero no necesariamente de otros parientes. Por tanto, puede encontrarse acompañado por otros miembros adultos de la familia²⁰.

Sustracción internacional de menores: a los efectos de las convenciones que luchan contra este problema²¹, se entenderá por traslado o retención ilícitos de un menor cuando: a) se haya producido con infracción de un derecho de custodia adquirido por resolución judicial, por ministerio de la ley o por un acuerdo con efectos jurídicos de conformidad con la legislación del Estado miembro en donde el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención; y b) este derecho se ejerciera, en el momento del traslado o de la retención, de forma efectiva, separada o conjuntamente, o se hubiera ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención.

Tráfico internacional de menores: la Convención Interamericana que regula el tema (CIDIP V– México 18 de marzo de 1994) explica que dicha operación se integra con la referencia al acto o tentativa de sustraer, trasladar o retener un menor de un país a otro, con la finalidad ilícita y ánimo de lucro²². El tráfico queda definido cuando el intermediario ha recurrido a alguno de estos métodos: compra, consentimiento obtenido por fraude o por violencia, rapto, falsificación de identidad o filiación, con el propósito de lograr beneficios indebidos para sí o para terceros. El traslado concurre con delitos medios que se consuman en el país de la residencia habitual del menor (sustracción, falsificación documentaria, etc.) y delitos fines (corrupción, proxenetismo, explotación laboral, lesiones u homicidios para obtener órganos destinados a trasplantes, etc.) que se cometen en el país de destino del menor. Comprende la actividad realizada no sólo por individuos sino también por organizaciones nacionales o internacionales²³.

Trata de niños: la conducta consistente en “la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de un niño con fines de explotación”, también se configura en la hipótesis en la que no se utilice ninguno de los medios coercitivos enunciados en el apartado a) del art. 3 del Protocolo de las Naciones Unidas para

²⁰ *Ibid*: apartado 8.

²¹ Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores de 25 de octubre de 1980 (aprobada por ley 23.857, BO 31/10/90), la Convención Interamericana sobre restitución internacional de menores de 15 de julio de 1989 (aprobada por ley 25.358, BO, 12/12/00) y el Reglamento (CE) N° 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n° 1347/2000.

²² Aprobada por ley 25.179, BO, 26/10/99.

²³ El examen de la Convención puede verse en A. Uriondo de Martinoli, *Lecciones de Derecho internacional Privado. Relaciones de familia. Código Civil y Comercial de La Nación*, ed. Lerner, Córdoba, 2017, pp. 337-359.

prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños (Protocolo de Palermo)²⁴.

Protección internacional: aquella protección que ofrece un Estado a una persona extranjera debido a que sus derechos humanos se ven amenazados o vulnerados en su país de nacionalidad o de residencia habitual, y en el cual no pudo obtener la protección debida por no ser accesible, disponible y/o efectiva²⁵.

III. Medidas adoptadas en el ámbito del Mercosur

Las disposiciones dirigidas a facilitar la movilidad de las personas y la residencia en el Mercosur, se desarrollaron principalmente en dos espacios institucionales: el Subgrupo de Trabajo N° 10 de Asuntos Laborales, Empleo y Seguridad Social, coordinado por los Ministerios de Trabajo y la Reunión de Ministros de Interior y, en particular, el Foro Especializado Migratorio (FEM), creado en el segundo semestre de 2003, dependiente de la Reunión de Ministros de Interior. En el marco de este Foro, tuvo lugar la aprobación del Plan de Acción para la lucha contra la trata de personas.

a) Acuerdo contra el tráfico ilícito de migrantes entre los Estados Partes del Mercosur

El respeto de los derechos humanos en las políticas migratorias, es un tema destacado en la agenda de los miembros del Mercosur²⁶ y del resto de los países de América Latina y el Caribe. Esto ha quedado demostrado a través de la firma, el 16 de diciembre de 2004, en Belo Horizonte (Brasil), del Acuerdo contra el tráfico ilícito de migrantes entre los Estados Partes del Mercosur²⁷, la República de Bolivia

²⁴El Protocolo de Palermo complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional de 15 de noviembre de 2000 (entrada en vigor el 25 de diciembre de 2003) y el Protocolo Facultativo de la CDN relativo a la venta, la prostitución y la utilización de niños en la pornografía. Los medios coercitivos mencionados en el art. 3, apartado a) del Protocolo de Palermo son: amenaza o uso de la fuerza u otras formas de coacción, rapto, fraude, engaño, abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. “[...] Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos” [...].

²⁵ Corte IDH: Opinión consultiva OC–21/14 de 19 de agosto de 2014, apartado 37.

²⁶ De acuerdo a lo establecido en el segundo párrafo del art. 5 del Protocolo de Ushuaia sobre compromiso democrático en el Mercosur, suscripto el 24 de julio de 1998, la República Bolivariana de Venezuela ha sido suspendida en todos los derechos y obligaciones inherentes a su condición de Estado Parte del Mercosur, a través de la decisión de 5 de agosto de 2017, San Pablo, Brasil.

²⁷ Acuerdo vigente el 10/10/12, Argentina lo aprobó por ley 26.382, promulgada de hecho el 10/06/08.

y la República de Chile²⁸, frente a la necesidad de adoptar medidas para prevenir, detectar y penalizar el tráfico de personas y el tráfico ilícito de migrantes en la región.

El instrumento busca coordinar políticas de seguridad y de protección de derechos y asistencia a las víctimas a nivel regional, para combatir de forma eficaz los delitos transnacionales del tráfico ilícito de migrantes, es decir, el delito de la facilitación de la entrada ilegal de una persona en un Estado parte del Acuerdo, del cual no sea nacional o residente, con el objeto de obtener algún beneficio financiero o material²⁹. Entre las acciones previstas se incluyen el fortalecimiento de la cooperación, el intercambio de información y la acción conjunta entre las partes “para combatir con mayor eficacia esta actividad criminal de carácter típicamente transnacional”³⁰. El Acuerdo complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional y se interpretará juntamente con dicha Convención y su Protocolo Adicional, en materia de tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire.

b) Protocolo de Asunción sobre compromiso con la promoción y protección de los derechos humanos del Mercosur

En caso de que se registren graves y sistemáticas violaciones de los derechos humanos y libertades fundamentales en una de las Partes, se aplicará este Protocolo suscrito en Asunción, República de Paraguay el 20 de junio de 2005³¹. El documento promueve la plena vigencia de las instituciones democráticas y el respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, como condiciones esenciales para la vigencia y evolución del proceso de integración entre los miembros. Para cumplir con su objetivo, establece la cooperación mutua a través de los mecanismos institucionales establecidos en el Mercosur e instituye la vía de las consultas entre los integrantes del bloque y con la Parte afectada en los supuestos en que ésta haya incurrido en graves y sistemáticas violaciones de los derechos humanos y libertades fundamentales, en situaciones de crisis institucional o durante la vigencia de estados de excepción previstos en los ordenamientos constitucionales respectivos.

Ante el fracaso de las consultas, las demás Partes considerarán la naturaleza y el alcance de las medidas a aplicar, teniendo en cuenta la gravedad de la situación

²⁸ MERCOSUR/CMC/DEC n° 37/04, Argentina aprobó el Acuerdo por ley 26.384, promulgada de hecho el 10/06/08.

²⁹ Cómo Trabajar en los Países del Mercosur: Guía Dirigida a los Nacionales de los Estados Partes del Mercosur / Ministério do Trabalho e Emprego (MTE). [et al. – Brasília : MTE, 2010, p. 27; disponible en: http://www.mintra.gob.pe/migrante/pdf/Guia_trabajo_MERCOSUR.pdf

³⁰ Declaración de Asunción sobre tráfico de personas y tráfico ilícito de migrantes de 8 de junio de 2001.

³¹ MERCOSUR/CMC/DEC 17/05. Mediante ley 26.109 (BO, 03/07/2006) Argentina aprobó el Protocolo de Asunción.

existente. Dichas medidas, adoptadas por consenso y comunicadas al país afectado, abarcarán desde la suspensión del derecho a participar en los distintos órganos del proceso de integración, hasta la suspensión de los derechos y obligaciones que de su texto emergen. Las medidas aplicadas a la Parte afectada, cesarán a partir de la fecha de la comunicación de que las causas que las motivaron fueron subsanadas, la cual será transmitida por los demás miembros que adoptaron tales medidas.

c) Acuerdo sobre residencia para nacionales de los Estados Partes del Mercosur, Bolivia y Chile

Junto a la normativa que facilita la libre circulación de las personas en las fronteras que abarca a casi toda Sudamérica, en la reunión realizada entre el 9 y el 11 de noviembre de 2002 en la ciudad de Salvador de Bahía, República Federativa de Brasil, fue aprobado este Acuerdo³², produciéndose un salto cualitativo en el tratamiento de la cuestión. Se establece lo que puede considerarse como “un área de libre residencia” para los ciudadanos de sus Estados, con el requisito de acreditar su nacionalidad y falta de antecedentes penales. Se entiende como nacionales de un Estado parte, a quienes posean nacionalidad originaria o la hayan adquirido por naturalización y la ostenten desde hace cinco años como mínimo (art. 2).

El art. 9, en sus seis apartados, declara la igualdad de derechos civiles, sociales, culturales y económicos entre nacionales del país de recepción y nacionales de otros países firmantes; el derecho a ejercer cualquier actividad, por cuenta propia o por cuenta de terceros, en las mismas condiciones que los nacionales del país de recepción; el derecho a la igualdad de trato; el principio de reunión familiar; el derecho a transferir remesas a su país de origen; el derecho de los hijos de los inmigrantes, que hubieran nacido en el territorio de una de las Partes, a tener un nombre, al registro de su nacimiento y a tener una nacionalidad, de conformidad con las respectivas legislaciones internas y a gozar del derecho fundamental de acceso a la educación, aún en caso de que sus padres estén en situación irregular.

El Acuerdo permite una residencia temporaria inicial de dos años mediante la presentación de determinados documentos (pasaporte válido y vigente, partida de nacimiento, certificado que acredite la carencia de antecedentes judiciales y/o penales y/o policiales en el país de origen o en el de recepción si ya se encontrase en éste, etc.) a las autoridades migratorias del país donde se quiere residir o a las oficinas de

³² MERCOSUR/CMC/DEC N° 28/02. Los presidentes de los cuatro países más Bolivia y Chile, en tanto países asociados, refrendaron este Acuerdo en la Declaración Conjunta Presidencial del Mercosur del 6 de diciembre de 2002. Aprobado en Argentina por ley 25.902, BO 16/7/2004; en Brasil por decreto legislativo 925 de 2005, DOU 16/9/2005; en Bolivia por ley 2831 de 2004, Gaceta Oficial n° 2653 de 27/9/2004; y Chile según comunicación al depositario del Acuerdo de 18/11/2005. El Acuerdo ha entrado en vigor porque ha sido ratificado por todos los Estados Partes (art. 14).

asuntos consulares de las representaciones diplomáticas del Estado donde se desea residir, en caso de que aún se esté en el lugar de origen (art. 4).

Con arreglo al art. 5, la residencia temporaria podrá transformarse en residencia permanente después de dos años, mediante la presentación del solicitante ante la autoridad migratoria del país de recepción, dentro de los noventa (90) días anteriores al vencimiento de aquélla, adjuntando una documentación específica (constancia de residencia temporaria, pasaporte válido y vigente, acreditación de medios de vida lícitos que permitan la subsistencia del aspirante y su grupo familiar conviviente, etc.). El derecho a residencia se aplica tanto a quienes desean ingresar como a los ya residentes, extendiéndose también a su familia.

Este instrumento constituye la más importante norma intergubernamental en la materia, y se presenta como el primer intento de establecer una política diferenciada para los ciudadanos pertenecientes al Mercosur en comparación con los ciudadanos de terceros países.

Su texto recoge el principio de la norma más favorable, por el cual sus disposiciones serán aplicadas sin perjuicio de las normas o disposiciones internas más benéficas para los inmigrantes (art. 11). La adhesión de la República del Ecuador³³, de la República del Perú³⁴ y de la República de Colombia³⁵ al Acuerdo de 2002, representa un gran impulso en la consecución de un espacio común en que los nacionales de la región puedan circular y residir, garantizando a todos sus derechos civiles, sociales y económicos en los países del bloque.

d) Estatuto de Ciudadanía

En diciembre de 2010, el Mercosur aprobó un plan de acción para concretar su Estatuto de la Ciudadanía (EC), en un plazo de diez años. A través de la Decisión N° 64/10 se creó dicho Estatuto durante la cumbre de Foz de Iguazú (Estado de Paraná, Brasil), que postula otros objetivos que tienen que ver con la implementación de una política de libre circulación de personas en la región; igualdad de derechos y libertades civiles, sociales, culturales y económicas para los nacionales de los Estados miembros. Es decir, se promueve en un marco normativo regional acciones destinadas a alcanzar condiciones de igualdad de acceso al trabajo, a la salud, y a la educación en el Cono Sur.

e) Plan Estratégico de Acción Social del Mercosur (PEAS)

Los gobiernos de la región decidieron también fortalecer la dimensión social de la integración, y de esa forma se concretó el PEAS mediante la Decisión N° 12/11.

³³ MERCOSUR/CMC/DEC N° 21/11.

³⁴ MERCOSUR/CMC/DEC N° 04/11.

³⁵ MERCOSUR/CMC/DEC N° 20/12.

La aprobación de este documento, pasó a constituirse en una iniciativa integral y conjunta, para reducir las asimetrías regionales en las temáticas sociales³⁶.

En el año 2012, el Mercosur aprobó un Programa de acciones y actividades para garantizar los derechos de los niños, niñas y adolescentes migrantes (NNA) y de sus familiares en el marco de las Directrices 3 y 4 del Eje II del PEAS (contenido en el Anexo), elaborado con la asistencia técnica del Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos (IPPDH)³⁷. EL Eje II está orientado a “Garantizar los Derechos Humanos, la asistencia humanitaria e igualdades étnico, racial y de género”, y sus Directrices 3 y 4 establecen, respectivamente, el compromiso de los Estados a “asegurar los derechos civiles, culturales, económicos, políticos y sociales, sin discriminación de género, edad, raza, etnia, orientación sexual, religión, opinión, origen nacional y social, condición económica, personas con discapacidad y de cualquier otra condición”, y a “garantizar que la libre circulación en el Mercosur sea acompañada de pleno goce de los derechos humanos”.

f) Corte IDH: opinión consultiva OC-21/14 “Derechos y Garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional”

Dentro de las acciones llevadas adelante, también es importante destacar la solicitud de Opinión Consultiva sobre niñez migrante, presentada por los Estados Parte del Mercosur como bloque (Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay) ante la Corte IDH en el mes de julio de 2011, en uso de la facultad que les otorga el art. 64.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, a la que se declaró admisible en el mes de septiembre del mismo año. El texto fue elaborado con la asistencia técnica del IPPDH y aprobado en la XIX Reunión de Altas Autoridades en Derechos Humanos y Cancillerías del Mercosur y Estados Asociados (RAADH³⁸) en el mes de abril del año 2011 en Asunción, Paraguay.

Se trató de una iniciativa sin precedentes en la región, que da cuenta del trabajo y del consenso previo de los Estados del bloque en esta materia, así como también de la articulación con otros actores relevantes en la temática. Concretamente, esta iniciativa procura que el tribunal interamericano establezca estándares precisos para garantizar los derechos humanos de los NNA que migran por motivos económicos, sociales, culturales o políticos en el continente.

³⁶ El PEAS está constituido por 10 Ejes fundamentales, con 26 Directrices Estratégicas y con 101 Objetivos prioritarios, que serán revisados a los cinco años de su aprobación inicial (Decisión N° 12/11) y constituye una herramienta fundamental para fortalecer la dimensión social de la región.

³⁷ El IPPDH fue creado por Decisión CMC N° 14/09 en el año 2009 con sede permanente en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, República Argentina.

³⁸ En el año 2004 y por decisión 40/04 del Consejo del Mercado Común, se crea la Reunión de Altas Autoridades sobre Derechos Humanos y Cancillerías del MERCOSUR (RAADH) con el objetivo de velar por la plena vigencia de las instituciones democráticas, el respeto, la promoción y la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales.

Finalmente, el 19 de agosto de 2014 la Corte IDH emitió la opinión consultiva OC-21/14 que resalta la prevalencia del régimen jurídico de infancia por sobre el migratorio, y fija importantes estándares que serán de gran utilidad en la realidad regional actual, estableciendo un piso mínimo de obligaciones de los Estados de origen, tránsito y destino que garanticen la protección de los derechos de los niños y niñas migrantes. En esta línea, la Corte ha precisado que las garantías de debido proceso se aplican a cualquier persona independiente de su edad y de su condición de migrante en situación irregular³⁹. En consonancia con lo anterior, instituyó el principio de no privación de libertad de niños y niñas por su irregularidad migratoria. El pronunciamiento enfatiza que “los Estados no pueden recurrir a la privación de libertad de niñas o niños que se encuentran junto a sus progenitores, así como de aquellos que se encuentran no acompañados o separados de sus progenitores, para cautelar los fines de un proceso migratorio ni tampoco pueden fundamentar tal medida en el incumplimiento de los requisitos para ingresar y permanecer en un país, en el hecho de que la niña o el niño se encuentre solo o separado de su familia, o en la finalidad de asegurar la unidad familiar, toda vez que pueden y deben disponer de alternativas menos lesivas y, al mismo tiempo, proteger de forma prioritaria e integral los derechos de la niña o del niño”⁴⁰.

g) Guía Regional del Mercosur para la identificación y atención de necesidades especiales de protección de los derechos de NNA migrantes

Otro de los avances a nivel normativo lo constituye la elaboración de esta Guía Regional, que surge del Programa de acciones y actividades para garantizar los derechos de NNA migrantes y de sus familiares, en el marco del PEAS. La Guía fue diseñada en base al marco jurídico internacional y regional aplicable, a las obligaciones del derecho internacional y regional de los derechos humanos y, en particular, se han seguido los estándares establecidos por la Corte IDH en la citada Opinión Consultiva OC-21/2014⁴¹.

Entre los principios rectores y las garantías procesales que contiene, pueden mencionarse los siguientes: el interés superior del niño; la igualdad y no discriminación; la no devolución; protección especial o de especialidad; el derecho a la unidad

³⁹ Corte IDH: OC 21/14, Capítulo VIII, Garantías de debido proceso aplicables en procesos migratorios que involucran a niñas y niños, párrafo 113.

⁴⁰ *Ibid*, Capítulo IX, Principio de no privación de libertad de niñas o niños por su situación migratoria irregular” párrafo 160.

⁴¹ La Guía quedó formalmente aprobada (i) por el Foro Especializado Migratorio del Mercosur (FEM) en el marco de la Segunda Ronda de Reuniones Técnicas Preparatorias para la XXXVII Reunión de Ministros del Interior y Seguridad del Mercosur y Estados Asociados (RMI), llevada a cabo en Asunción del 03 al 05 de noviembre de 2015 y (ii) por la Comisión Permanente Iniciativa Niñ@Sur (CP Niñ@Sur) durante la XXVII Reunión de Altas Autoridades en Derechos Humanos del Mercosur (RAADH) realizada el 25 y 26 de noviembre de 2015 en Asunción.

familiar; la no privación de la libertad; la garantía del debido proceso; la protección integral del niño durante el proceso migratorio; el derecho a ser escuchado; a recibir una información clara y detallada sobre sus derechos y la manera de ejercerlos a lo largo del procedimiento; asegurar la máxima celeridad en los procedimientos; la especialización de los funcionarios competentes; el acceso a patrocinio jurídico o asistencia letrada; nombramiento de un tutor en caso de niños no acompañados o separados; el derecho a recurrir las decisiones; asistencia por parte de las autoridades consulares de su país de origen y salvaguardas de confidencialidad⁴². Las funciones del tutor serán, entre otras: apuntalar el respeto y ejercicio efectivo de los derechos del NNA; brindar información sobre todas las decisiones y las evidencias presentadas y alegadas durante el proceso; garantizar los derechos que tienen a la participación durante todo el procedimiento; confirmar que el tutor sea el vínculo entre el niño y los organismos competentes e individuos que prestan la atención y cuidado.

Las iniciativas y pronunciamientos mencionados, promueven la articulación y el diálogo con el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) como una herramienta fundamental para la definición de estándares regionales para el diseño, implementación y evaluación de las políticas públicas en derechos humanos.

IV. Delimitación del tema

El marco normativo dentro del cual ha de moverse el diseño de las políticas públicas sobre el tema migratorio, viene dado por los tratados internacionales de derechos humanos, las constituciones nacionales y las disposiciones legales de desarrollo de estas últimas. En el ejercicio de la función de desentrañar el sentido, propósito y razón de las normas internacionales sobre derechos humanos, la Corte IDH ha señalado que: el *corpus juris* del Derecho internacional de los derechos humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones)⁴³. En esa labor interpretativa, la Corte busca también coadyuvar a los Estados Miembros y a los órganos de la OEA para que cumplan de manera cabal y efectiva sus obligaciones internacionales en la materia y definan y desarrollen políticas públicas en derechos humanos, en este caso, para los niños en el contexto de la migración⁴⁴. Es por tal razón, que estima necesario que los diversos órganos del Estado no sólo deben

⁴² IPPDH y OIM: Iniciativas regionales para la identificación y atención de NNA migrantes. Memoria de taller. Ciudad de Asunción 13 y 14 de julio de 2016.

⁴³ Corte IDH: Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999 solicitada por los Estados Unidos Mexicanos sobre “El Derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal”, apartado 115.

⁴⁴ Corte IDH: Opinión consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014, apartado 29.

limitarse a realizar un control de constitucionalidad de sus resoluciones, sino también el correspondiente control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana de Derechos Humanos, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales respectivas, para así evitar eventuales vulneraciones de derechos humanos⁴⁵.

La necesidad de tutelar jurídicamente a la niñez, ha sido puesta de relieve en las Declaraciones de 24 de septiembre de 1924 (propuesta por la activista social británica Englantyne Jebb) y de 20 de noviembre de 1959 (aprobada por unanimidad por la Asamblea General de las Naciones Unidas). Sin embargo, el 20 de noviembre de 1989, con la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), “se dio una verdadera transformación cualitativa en la interpretación, comprensión y atención de las personas menores de edad, y por consiguiente en su condición social y jurídica”⁴⁶. Constituye el primer instrumento internacional jurídicamente vinculante destinado a los menores de dieciocho años de edad que contiene, en términos de los derechos humanos, una serie de derechos universales que constituyen requisitos mínimos que toda sociedad debe garantizar a sus niños.

Es el tratado que posee mayor vocación de universalidad, lo cual “pone de manifiesto un amplio consenso internacional (*opinio iuris communis*) favorable a los principios e instituciones acogidos por dicho instrumento, que refleja el desarrollo actual de esta materia”⁴⁷. A lo largo de los años alcanzó una amplia repercusión en la comunidad internacional, ya que ha sido ratificada por un gran número de países de culturas y sistemas jurídicos disímiles (Cf. Naciones Unidas: 196 Estados Partes). Cabe además destacar la existencia de un gran número de instrumentos convencionales y no convencionales que complementan la adopción de medidas especiales para garantizar la protección de los derechos humanos de los niños en situación de vulnerabilidad⁴⁸.

⁴⁵ A partir del caso “Almonacid Arellano y otros vs. Chile”, 26/09/06, la Corte IDH fue precisando en su jurisprudencia el contenido y alcance del concepto de control de convencionalidad.

⁴⁶ Corte IDH: Opinión Consultiva OC–17/2002 de 28 de agosto de 2002, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. “Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño”, p. 15

⁴⁷ Corte IDH: Opinión Consultiva OC–17/2002, de 28 de agosto de 2002, apartado 29, p. 53.

⁴⁸ Los tres Protocolos Facultativos de la CDN, el relativo a la participación de niños en los conflictos armados y sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía de 2000; y el concerniente al procedimiento de comunicaciones de 2011; la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares de 18 de diciembre de 1990; las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing, 1985); las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad, 1990); las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio, 1990); las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad (Reglas de La Habana, 1990); Convenios de la OIT n° 138 sobre la edad mínima de admisión del empleo de 26 de junio de 1973 y n° 182 sobre las peores formas de trabajo infantil de 17 de junio de 1999, entre otros.

De la CDN se deriva la idea central de la concepción del niño como sujeto de derecho, dejando atrás la concepción de que es sujeto pasivo de medidas de protección. En particular, se consagran principios que resultan medulares en el contexto de la migración: el principio de no discriminación⁴⁹, la necesidad de atender el interés superior del niño⁵⁰, el principio de respeto al derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo⁵¹, y el principio de respeto a la opinión del niño en todo procedimiento que lo afecte (por ejemplo, los procedimientos migratorios), de modo que se garantice su participación⁵².

En la Observación General Nº 6 (2005), Título IV relativo a los Principios aplicables, el Comité de los Derechos del Niño ha manifestado de forma explícita que las obligaciones jurídicas del Estado Parte resultantes de la Convención, se extiende a los tres poderes (ejecutivo, legislativo y judicial) y se aplican con referencia a todos los menores que se encuentren dentro de su territorio y a los que estén por otro concepto sujetos a su jurisdicción. “Por tanto, el disfrute de los derechos estipulados en la Convención no está limitado a los menores que sean nacionales del Estado Parte, de modo que, salvo estipulación expresa en contrario en la Convención, serán también aplicables a todos los menores –sin excluir a los solicitantes de asilo, los refugiados y los niños migrantes– con independencia de su nacionalidad o apatridia, y situación en términos de inmigración”⁵³.

En el informe anual ante el Consejo de Derechos Humanos – 2 de junio de 2009– el relator especial de la ONU para los derechos de los migrantes, Jorge Bustamante, exhortó a los países de origen, de tránsito y destino de esas personas a proteger a los niños en cada paso del proceso migratorio. También subrayó la importancia de un marco legal adecuado para resguardar los derechos de los menores extranjeros no acompañados (Cf. art. 20.1 de la CDN). Así lo expresó: “Los Estados, sobre todo los de tránsito y destino, deben consagrar una atención especial a proteger a los niños indocumentados y no acompañados, así como a los que buscan asilo y a los

⁴⁹ El art. 2 de la CDN, prevé la obligación de los Estados de respetar los derechos enunciados en dicho instrumento y de asegurar su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna.

⁵⁰ El párrafo 1 del art. 3 de la CDN, obliga a que el interés superior del niño sea una consideración primordial en todas las medidas que le conciernen.

⁵¹ El art. 6 de la CDN, reconoce el derecho intrínseco del niño a la vida y la obligación de los Estados Parte de garantizar en la máxima medida posible su supervivencia y desarrollo en su sentido más amplio, como concepto holístico que abarca el desarrollo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social de la niña y del niño, Comité de los Derechos del Niño, Observación General nº 5 (2003): Medidas generales de aplicación de la CDN (artículos 4, 42 –obligación de dar a conocer ampliamente el contenido de la Convención a los niños y a los adultos– y párrafo 6 del art. 44, –obligación de dar amplia difusión a los informes en el Estado Parte–) párrafo 12.

⁵² Para mayor detalle puede verse A. Uriondo de Martinoli (Directora) *Migración internacional y relaciones familiares. Desafíos normativos en el Derecho internacional privado*, Ed. Lerner, Córdoba, 2016, pp 133/166.

⁵³ Comité sobre los Derechos del Niño: Observación General nº 6 (2005), p. 7.

que son víctimas del crimen transnacional organizado”⁵⁴. El razonamiento se refuerza cuando el Comité Económico y Social Europeo afirma que, el aumento de la migración hace necesarias nuevas vías y estructuras de cooperación para hacer posible la protección de los menores más allá de las fronteras nacionales⁵⁵.

En relación con el retorno al país de origen de menores migrantes no acompañados y separados de su familia, el Comité de los Derechos del Niño ha expresado que “sólo podrá contemplarse en principio si redundará en el interés superior del menor”, razón por la cual “Excepcionalmente, el retorno al país de origen podrá decidirse, una vez ponderados debidamente el interés superior del menor y otras consideraciones, si estas últimas están fundadas en derechos y prevalecen sobre el interés superior del menor”. Asimismo agregó: “Los argumentos no fundados en derechos, por ejemplo, los basados en la limitación general de la inmigración, no pueden prevalecer sobre las consideraciones fundadas en el interés superior”. Por lo que establece que los Estados han de tomar todas las disposiciones necesarias para identificar a los menores, procurar su localización y designar a un tutor para garantizar el respeto de su interés superior⁵⁶.

Debido a cuestiones de espacio, el análisis se concentrará en el derecho que el niño tiene a ser oído en los asuntos que le conciernen, en la medida en que esto sea adecuado a tenor de su edad, grado de madurez y en función de su interés superior.

V. El derecho del niño a ser oído

De acuerdo a las definiciones brindadas por el Diccionario de la Real Academia Española (actualización 2018), escuchar significa prestar atención a lo que se oye; mientras que oír es percibir con el oído los sonidos. El Pacto de San José de Costa Rica en el art. 8. Garantías judiciales, apartado 1, consagra el derecho a ser oído que ostentan todas las personas, incluidos los niños y niñas, en los procesos en que se determinen sus derechos. Este reconocimiento debe ser interpretado en consonancia con el art. 12 de la CDN, el cual contiene adecuadas previsiones sobre el derecho a ser escuchado del niño, con el objeto de que su intervención se ajuste a las condiciones de éste y no redunde en perjuicio de su interés genuino⁵⁷.

⁵⁴ Informe de ACNUR de 2 de junio de 2009, “Relator de la ONU pide protección para niños migrantes”.

⁵⁵ Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la “Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores (refundición)”, [COM(2016) 411 final — 2016/019 (CNS)] (2017/C 125/06), apartado 2.8.

⁵⁶ Comité de los Derechos del Niño: Observación General N° 6 (2005), apartados 84, 86, 13 y 21.

⁵⁷ Corte IDH: caso “Atala Riffo y Niñas Vs. Chile”. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012, párrafo 196.

En el marco de la niñez migrante, cobra fuerza la necesidad de reconocer el derecho del niño a ser escuchado por las autoridades competentes y de garantizar su observancia en cualquier procedimiento nacional y transfronterizo que le afecte, debido a su status migratorio o el de sus padres. Se distingue, por un lado, entre la cuestión de cuándo debe darse al niño la oportunidad de ser oído (cuando está en condiciones de formarse un juicio propio y expresar sus opiniones); por el otro, la cuestión de qué importancia debe dar la autoridad competente a esta opinión (lo que resulta de la edad y madurez del niño), matizando que esta obligación depende de las circunstancias de cada caso⁵⁸. Estos términos hacen referencia a la capacidad del niño, que debe ser calificada para tener debidamente en cuenta sus expresiones o para comunicar al niño la influencia que han tenido esas manifestaciones en el resultado del proceso⁵⁹. Por cierto que expresar su opinión en los asuntos que lo afecten, es un derecho que no sólo atañe al niño decidir si quiere ejercerlo o no, sino que debe practicar dicho acto en forma libre, sin presión e influencia alguna.

El art. 12 de la CDN garantiza el derecho del niño a ser escuchado en todo proceso administrativo (atención de salud, educación) y judicial (separación o divorcio de los padres, custodia, cuidado y adopción, niños en conflicto con la ley, víctimas de violencia física o psicológica, abusos sexuales u otros delitos) en los que se discuta alguno de sus derechos. Como bien lo explica la Observación General N° 5 (2003): “El escuchar a los niños no debe considerarse como un fin en sí mismo, sino más bien como un medio de que los Estados hagan que sus interacciones con los niños y las medidas que adopten en favor de los niños estén cada vez más orientadas a la puesta en práctica de los derechos de los niños”⁶⁰. Ellos podrán ser escuchados directamente o por medio de un representante (progenitores, abogados, maestros, trabajadores sociales, defensores del niño) o de un órgano apropiado, de conformidad con las normas de procedimiento de la ley nacional.

Es preciso remarcar que el Comité de los Derechos del Niño “ha señalado el art. 12 como uno de los cuatro principios generales de la Convención, junto con el derecho a la no discriminación, el respeto al derecho a la vida, la supervivencia 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

⁵⁸ Corte IDH: caso “Furlan y Familiares Vs. Argentina”. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012, párrafo 230.

⁵⁹ Comité de los Derechos del Niño: Observación General N° 12 (2009), “El derecho del niño a ser escuchado”, apartado 28. La observación está estructurada de acuerdo a la distinción que el Comité hace entre el derecho a ser escuchado de cada niño individualmente y el derecho a ser escuchado aplicable a un grupo de niños.

⁶⁰ Comité de los Derechos del Niño: Observación General n° 5 (2003): Medidas generales de aplicación de la CDN (artículos 4, 42 y párrafo 6 del art. 44) párrafo 12.

también debe tenerse en cuenta para interpretar y hacer respetar todos los demás derechos”⁶¹.

La Corte IDH expresó que se “[...] 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 su derechos. En esta ponderación, se procurará el mayor acceso en la medida posible, al examen de su propio caso”⁶². Queda así claro que la edad de los niños es tan sólo una pauta más a considerar, enfocándose la norma en la madurez suficiente para el acto en cuestión. El Comité de los Derechos del Niño, ha especificado que el ejercicio de ese derecho—garantía no puede estar condicionado a pisos mínimos etarios, por lo que “desaconseja a los Estados partes que introduzcan por ley o en la práctica límites de edad que restrinjan el derecho del niño a ser escuchado en todos los asuntos que lo afectan. Los Estados partes no pueden partir de la premisa de que un niño es incapaz de expresar sus propias opiniones. Al contrario, los Estados partes deben dar por supuesto que el niño tiene capacidad para formarse sus propias opiniones y reconocer que tiene derecho a expresarlas; no corresponde al niño probar primero que tiene esa capacidad”.

Por consiguiente, la plena aplicación del precepto exige el reconocimiento y respeto de las formas no verbales de comunicación, como el juego, la expresión corporal y facial y el dibujo y la pintura, mediante las cuales los niños muy pequeños demuestran capacidad de comprender, elegir y tener preferencias⁶³. Todo menor que esté en condiciones de formarse un juicio propio tiene derecho a ser oído en cada una de las diferentes etapas del proceso, aun no estando presente físicamente, recurriendo, en su caso, a medios alternativos, tales como la videoconferencia.

La Corte IDH agrega “que las niñas y los niños deben ser informados de su derecho a ser escuchados directamente o por medio de un representante, si así lo desean. Al respecto, en casos en que se presenten conflictos de intereses entre la madre y el padre, es necesario que el Estado garantice, en lo posible, que los intereses del menor de edad sean representados por alguien ajeno a dicho conflicto”⁶⁴. Por su parte, el Comité de los Derechos del Niño ha desarrollado ampliamente los estándares sobre los derechos de la niñez y debido proceso y sobre las garantías de niños migrantes, que son identificados como no acompañados o separados de su familia⁶⁵. Sobre esta base, este organismo afirma que los procesos judiciales o administrativos que los involucren no podrán ser iniciados hasta tanto no haya sido nombrado un

⁶¹ Comité de los Derechos del Niño: Observación General N° 12 (2009), apartado 2.

⁶² Corte IDH: Opinión Consultiva OC-17/2002, de 28 de agosto de 2002, apartado, 102.

⁶³ Comité de los Derechos del Niño: Observación General N° 12 (2009), apartados 19 y 21.

⁶⁴ Corte IDH: Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile, sentencia de 24 de febrero de 2012, fondo, reparaciones y costas, párrafo 199.

⁶⁵ Comité de los Derechos del Niño: Observación General N° 6 (2005) y Observación General N° 12 (2009).

tutor competente, aún en las zonas de frontera. Porque los Estados tienen el deber de designar un tutor para los niños no acompañados o separados de su familia lo antes posible y mantenerlo bajo su tutela hasta que llegue a la mayoría de edad, por lo general a los dieciocho años de edad; hasta que abandone permanentemente el territorio o la jurisdicción del Estado; o, en su caso, hasta que desaparezca la causa por la cual fue nombrado el tutor⁶⁶. Asimismo, ha reconocido que los niños migrantes se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad, por lo que el derecho a ser oído debe adquirir gran relevancia, en particular, “respecto de sus expectativas de educación y sus condiciones de salud a fin de integrarlo en los servicios escolares y de salud”⁶⁷.

Por su lado, la Corte IDH refiere también, que al ser titulares del derecho a buscar y recibir asilo, comporta determinados deberes específicos por parte del Estado receptor, los cuales comprenden: “(a) permitir que la niña o el niño pueda petitionar el asilo o el estatuto de refugiado, razón por la cual no pueden ser rechazados en la frontera sin un análisis adecuado e individualizado de sus peticiones con las debidas garantías mediante el procedimiento respectivo; (b) no devolver a la niña o al niño a un país en el cual puede sufrir riesgo de ser afectada su vida, libertad, seguridad o integridad, o a un tercer país desde el cual pueda ulteriormente ser devuelto al Estado donde sufre dicho riesgo; y (c) otorgar la protección internacional cuando la niña o el niño califique para ello y beneficiar con ese reconocimiento a otros miembros de la familia, en atención al principio de unidad familiar”. Los Estados deben tomar en cuenta que las garantías del debido proceso y el derecho a ser oído se respeten de forma efectiva acordes a los principios de interés superior del niño y su protección integral. Las garantías incluyen, pero no están limitadas, a las siguientes: i) realizar la entrevista en un idioma que el niño pueda comprender; ii) contar con un intérprete o traductor que lo asista, en el supuesto de hablar una lengua distinta al del país donde se encuentre⁶⁸; iii) disponer de personal altamente calificado para tratar con menores y facilidades adecuadas; iv) centrar la cuestión en las niñas y niños, sensible al género, y asegurar su participación; v) reconocer su cultura y considerar su rechazo a pronunciarse en presencia de adultos o familiares; vi) proveer de asesoría legal en caso de ser requerida; vii) brindar información clara y entendible sobre los derechos y obligaciones que tiene y sobre la continuación del procedimiento; viii) adoptar la decisión evaluando su interés superior y fundamentarla adecuadamente; ix) reconocer el derecho a recurrir la decisión ante un juez o tribunal

⁶⁶ Comité de los Derechos del Niño: Observación General N° 6 (2005), apartado 33.

⁶⁷ *Ibid.*, apartados. 41–43.

⁶⁸ Esta garantía debe ser particularmente respetada en el caso de niñas o niños pertenecientes a comunidades indígenas, a fin de asegurar un efectivo acceso a la justicia y tomar en cuenta “sus particularidades propias, sus características económicas y sociales, así como su situación de especial vulnerabilidad, su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres” Corte IDH: caso “*Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*”. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 63.

superior con efectos suspensivos; y x) determinar un plazo razonable de duración del proceso⁶⁹.

El Comité destaca que “debe darse a esos 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”⁷⁰. Además de garantizar al niño migrante la asistencia jurídica a través del ofrecimiento de servicios estatales gratuitos de representación legal, también deberá asegurarse que se respete su derecho a la asistencia consular, para lo cual todos los extranjeros deben ser informados de este derecho⁷¹.

Constituye un límite del interés superior del niño, la imposibilidad de su invocación para justificar la inobservancia de los requisitos legales, demora o errores en los procedimientos judiciales⁷². La formulación del art. 3 de la CDN proyecta este interés superior hacia las políticas públicas y la práctica administrativa y judicial de los Estados parte, ya que deberán diseñar e implementar mecanismos adecuados a la edad y etapa evolutiva del niño para poder hacer efectivo este derecho. El Comité de los Derechos del Niño ha resaltado la íntima relación existente entre el interés superior del niño y el derecho a ser oído y a participar en las diferentes etapas procesales, al señalar que no es posible una aplicación correcta del art. 3 (interés superior) si no se respetan los componentes del art. 12 (derecho a participar y que su opinión sea tenida en cuenta). “Del mismo modo, el art. 3 refuerza la funcionalidad del art. 12 al facilitar el papel esencial de los niños en todas las decisiones que afecten su vida”⁷³.

Desde un enfoque europeo, también se advierte el cumplimiento efectivo de las obligaciones resultantes del art. 6.1 del Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades fundamentales (Roma, 4 de noviembre de 1950) que recoge el derecho a un proceso equitativo que abarca, entre otros, el derecho de las partes en el proceso a presentar las observaciones que consideren oportunas para el asunto. Mediante la sentencia de 11 de octubre de 2016, dictada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH), se ha condenado el Estado español a indemnizar a la madre por daños morales a causa de la negativa de los tribunales nacionales a escuchar personalmente a las niñas durante el procedimiento de divorcio de sus padres.

⁶⁹ Corte IDH: Opinión consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014, párrafos. 81 y 85).

⁷⁰ Comité de los Derechos del Niño: Observación General N° 12 (2009), apartados 123 y 124.

⁷¹ Corte IDH: Opinión Consultiva OC-18/03, “*Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*”, apartado 120.

⁷² Corte IDH: caso “*Fornerón e hija v. Argentina*”, sentencia de 27 de abril de 2012. Fondo, Reparaciones y Costas, párrafo 105.

⁷³ Comité de los Derechos del Niño: Observación General n° 12 (2009), apartado 74.

En el asunto “*Iglesias Casarrubios y Cantalapiedra Iglesias c. España*”⁷⁴, se ha declarado que establecer un régimen de custodia sobre dos niñas, entonces de 13 y 11 años de edad, en un procedimiento contencioso de divorcio, sin haberlas escuchado personalmente en el marco del procedimiento, vulnera sus derechos a ser oídas en juicio del art. 6.1º del Convenio Europeo. Por lo que se refiere a la audiencia de los niños por un tribunal, el TEDH considera que “sería ir demasiado lejos decir que los tribunales nacionales están obligados a escuchar al niño en cualquier caso en el que esté en juego el derecho de visita de un progenitor que no tiene atribuida su custodia.” Asimismo, señala que esta obligación, “depende de las circunstancias particulares de cada caso, teniendo en cuenta debidamente la edad y la madurez del menor (Sentencia *Sahin c. Alemania*[GC], n o 30943/96, § 73)”⁷⁵. En concreto, estima que el juez de instancia se había limitado a examinar la opinión que la hija mayor había expresado al equipo psicosocial, así como a utilizar los informes anteriores procedentes del procedimiento de separación, para explorar la opinión de la hija menor de la solicitante, pero sin escucharla personalmente.

En consecuencia, el TEDH resuelve que la negativa a escuchar al menos a la mayor de las menores, así como la ausencia de toda motivación para rechazar la pretensión de ambas hijas de ser oídas directamente por el juez que debía decidir sobre el régimen de visitas del padre, ha privado indebidamente a la actora de su derecho a que sus hijas menores sean oídas personalmente por el Juez competente, a pesar de las disposiciones legales aplicables, en el caso: Código Civil español (art. 92); ley 1/2000 de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (art. 770.4) y art. 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor⁷⁶ y sin que tal situación haya sido repuesta por las instancias superiores que han conocido del conflicto. Con esta actuación, el TEDH puntualiza que los tribunales nacionales no han garantizado a la actora su derecho a un juicio equitativo, conforme al art. 6.1 del Tratado.

VI. Adecuación de la legislación argentina

Con la incorporación de Argentina al sistema interamericano de derechos humanos, se aceptó el compromiso de realizar el control de convencionalidad de la legislación interna que debía adoptar y seguir los lineamientos interpretativos de la Corte IDH. En línea con lo expresado, este organismo ha manifestado reiteradas veces que: “en el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha ratificado un tratado de derechos humanos debe introducir en su

⁷⁴ Ministerio de Justicia, Sección tercera, (Demanda n° 23298/12).

⁷⁵ *Ibid*, apartado 36.

⁷⁶ *Ibid*, SecciónII. El derecho interno e internacional y la práctica interna aplicables.

ordenamiento jurídico interno las modificaciones necesarias para asegurar el fiel cumplimiento de las obligaciones asumidas”⁷⁷.

En el año 1994, la obligación de garantizar la audiencia a los menores alcanza en nuestro país rango constitucional, cuando se incluye la CDN en la nómina de los tratados con jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, Constitución Nacional). Además, se han introducido medidas legislativas que exigen y promueven la intervención de los niños en los asuntos que los afecten.

a) Ley 26.061 de Protección integral de niños, niñas y adolescentes

La primera parte de la ley⁷⁸ explicita los principios generales que la sustentan, en armonía con los estándares provenientes del derecho internacional de los derechos humanos, particularmente de la CDN: universalidad, no discriminación, pro persona, irrenunciabilidad, indivisibilidad e interdependencia. Asimismo, recoge el principio general del art. 12 de la CDN, e incorporó al art. 3— como recaudo integrante del concepto de interés superior— el derecho de los niños a “ser oídos y atendidos cualquiera sea la forma en que se manifiesten, en todos los ámbitos”, respetando “su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento, y demás condiciones personales”. Este derecho se extiende al ámbito estatal, familiar, comunitario, social, escolar, científico, cultural, deportivo y recreativo.

El art. 27 en el inciso c), instituye una figura novedosa, el abogado del niño preferentemente especializado en materia de niñez y adolescencia, entre las garantías mínimas que el menor tiene en cualquier etapa del procedimiento judicial o administrativo que lo afecte. El perfil y la formación de este abogado, que interviene de manera independiente de los progenitores o representantes legales, debe revestir un gran conocimiento en derecho de familia, en derecho de la niñez y en derechos humanos de los niños. Si no se contara con recursos suficientes para afrontar dicha representación “el Estado deberá asignarle de oficio un letrado que lo patrocine”.

A pesar de que la ley 26.061 ha sido sancionada en el año 2005, con posterioridad a la ley nacional de migraciones 25.871 (BO, 21/01/04)⁷⁹, en su texto no se encuentran referencias explícitas a los derechos, situación o necesidades particulares que puedan tener los niños migrantes o hijos de migrantes.

⁷⁷ Corte IDH: caso “*Cinco Pensionistas*”, Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98, párr. 164; caso “*Cantos*”, Sentencia de 28 de noviembre de 2002. Serie C No. 97, párr. 59; y caso “*Hilaire, Constantine y Benjamin y otros*”, Sentencia de 21 de junio de 2002. Serie C No. 94, párr. 213, entre otros

⁷⁸ BO, 26/10/05.

⁷⁹ La ley fue reglamentada en mayo de 2010, Decreto 616/2010.

b) Ley nacional de migraciones 25.871

Los lineamientos y propósitos de esta ley, señalan que la política migratoria necesariamente debe enmarcarse dentro de los compromisos internacionales asumidos por la República en materia de derechos humanos, integración y movilidad de los migrantes. A tal efecto, reconoce el derecho a migrar como esencial e inalienable de la persona e incorpora el principio de no discriminación. Entre sus objetivos, resalta de manera específica el derecho a la reunificación familiar y a favorecer las iniciativas tendientes a la integración de los migrantes, entre ellas, las expresiones relativas a la vida cultural, religiosa, etc.; circunstancias que pueden tener un impacto central en la protección de los derechos de los niños migrantes y de los hijos e hijas de las personas migrantes (art. 3). Entre los cambios más significativos que aportó la ley, que suponen una situación jurídica sustancialmente más favorable para la niñez migrante, se destacan el reconocimiento de los derechos a la educación y a la salud (arts. 7 y 8) y la igualdad de derechos sociales y del acceso a la justicia (art. 6). Estas disposiciones conceden estos derechos a todas las personas, prohibiendo expresamente su negación o restricción debido a cualquier irregularidad migratoria.

No obstante, del texto de la ley surge que algunos derechos o estándares internacionales que se aplican a la niñez, y cuya fuente principal es la CDN, no fueron tenidos en cuenta: por ejemplo, el derecho de todo niño a ser oído, que es un principio central recogido en el art. 12, no parece haber sido especialmente considerado al momento de diseñar los procedimientos migratorios (de admisión, residencia y expulsión), de modo de asegurar su adecuada participación en los procesos que lo afecten, como podría ser la eventual expulsión o deportación de sus padres o de toda la familia. Ante este silencio, resulta aplicable la Ley de protección integral (26.061) en los incisos a), b) y d) de su art. 27, por cuanto se receptaron las directivas de la CDN y de las Observaciones del Comité de los Derechos del Niño⁸⁰, al prever la obligación de establecer mecanismos en los que los niños puedan ser escuchados por las autoridades competentes, como así también el derecho a que sus opiniones sean tenidas en cuenta a la hora de adoptar decisiones que les incumban, y a posibilitar su participación activa durante todo el procedimiento.

La ley nada dispone respecto al retorno al país de origen de menores migrantes no acompañados y separados de su familia. Tampoco hace alguna alusión a la posible intervención de autoridades u organismos en materia de infancia –de manera exclusiva o en coordinación con la Dirección Nacional de Migraciones– en casos relativos a los niños migrantes, ni organiza en forma explícita aspectos relativos al derecho a la identidad de ellos. Llama la atención que entre los principios de derechos humanos que han sido incorporados a esta ley (como el principio pro homine

⁸⁰ Comité de los Derechos del Niño: Observación General n° 6 (2005), párrafo 25 y Observación General n° 12 (2009), en especial, los párrafos 57 a 67, 123 y 124.

del art. 28 y el principio de no discriminación del art. 13) no haya sido incluido el principio de interés superior del niño, porque “este principio resulta esencial para la protección de la infancia y la adolescencia y debe guiar el diseño y la ejecución de cualquier política pública que pueda afectar sus derechos”. Sobre la base de este razonamiento, se determinó la nulidad de la resolución que declaró irregular la situación migratoria de la mujer de nacionalidad boliviana que tiene dos hijas menores de edad, ambas de nacionalidad argentina (12/08/2015)⁸¹. Si bien la Ley de Migraciones supuso un cambio trascendental en materia de derechos humanos de las personas migrantes, carece de una perspectiva específica hacia la niñez en el contexto de la migración.

En el mes de octubre de 2011, la Dirección Nacional de Migraciones adopta la Disposición 2656/11 (en vigencia desde noviembre del mismo año), la cual prevé que a los niños y niñas extranjeros menores de 14 años que no cuenten con autorización para el ingreso al país se les otorgará una autorización provisoria de permanencia y deberán ser puestos a disposición de la autoridad competente en materia de niñez a los fines de su guarda provisoria⁸².

En el marco de las Observación General N° 6 (2005) “Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen” del Comité de los Derechos del Niño, se inscriben las medidas impulsadas por la Defensoría General de la Nación (DGN), que en los últimos años creó distintas comisiones de asistencia a migrantes, refugiados y NNA. Por Resolución DGN N° 841/06, el 22 de junio de 2006 fue creada la Comisión de Seguimiento del tratamiento institucional de NNA, la cual supervisa todo tipo de instituciones (residencias de convivencia e integración comunitaria, hogares, residencias juveniles, comunidades terapéuticas, etc.) en las que se encuentren personas menores de edad separadas de su medio familiar, primordialmente aquellas donde haya niños y/o jóvenes alojados a disposición de la justicia nacional y/o federal.

c) Código Civil y Comercial de la Nación

La Corte IDH ha señalado que los niños ejercen por sí mismos sus derechos de manera progresiva, a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía personal,

⁸¹ Juzgado en lo Contenciosos Administrativo Federal N° 5 “CC,R”. Causa N° 43.011/2013. En el año 2000 una mujer de nacionalidad boliviana ingresó a la Argentina. En agosto de 2008 fue condenada por un tribunal a la pena de cuatro años y seis meses de prisión. Por esa razón, cuatro meses más tarde, el Ministerio del Interior –en el marco de un expediente de la Dirección Nacional de Migraciones– declaró irregular la permanencia de la mujer en el país y ordenó su expulsión y prohibición de reingreso por el término de ocho años. Ministerio Público de la Defensa. Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia. Boletín Jurisprudencia, marzo 2017.

⁸² Informe elaborado por UNICEF y Centro de derechos humanos de la Universidad Nacional de La Plata: “Niñez, migraciones y derechos humanos en Argentina. Estudio a 10 años de la ley de migraciones”, noviembre 2013, pp. 20/45.

en particular comprensión sobre cómo dichos derechos pueden realizarse mejor⁸³. En tal sentido, el Código Civil y Comercial de la Nación⁸⁴ (en adelante, CCCN) introduce en el art. 26 el concepto de autonomía progresiva de la persona menor de edad y le concede el derecho a ser oída en todo proceso judicial que lo afecte directamente, así como a participar en las decisiones sobre su persona. De acuerdo a lo establecido en la última oración de la disposición procesal contenida en el art. 707: “Su opinión debe ser tenida en cuenta y valorada según su grado de discernimiento y la cuestión debatida en el proceso”. El principio de autonomía progresiva también esta receptado en los artículos 3, 24 y 27 de la ley 26.061.

Auténtica piedra angular de la serie de normas del CCCN, es el principio del interés superior del niño (art. 3, CDN), ya que a partir de éste es que se construyen las instituciones de protección de la infancia en la realización de sus derechos. El derecho del menor de edad a ser oído, se especifica en el CCCN con relación a distintos institutos relativos a la Persona humana (Libro Primero. Parte general) y a las Relaciones de familia (Libro Segundo):

i) Apellido: el art. 66 habilita a quien cuenta con edad y grado de madurez suficiente, a solicitar la inscripción en el Registro del apellido que estuviere usando en el caso especial que no tuviera uno.

ii) Tutela: el art. 113 impone al juez la obligación de oír previamente al niño o adolescente y tener en cuenta sus manifestaciones según su edad y grado de madurez, para el discernimiento de la tutela y para cualquier otra decisión sobre las cuestiones que le atañen, y decidir atendiendo primordialmente a su interés superior.

iii) Matrimonio: de conformidad con lo señalado en el art. 403, inc. f), resulta una causal de nulidad relativa haber contraído matrimonio sin haber alcanzado la edad de 18 años. Están legitimados para demandar la nulidad relativa del acto matrimonial, el cónyuge menor de edad y los que, en su representación, podrían haberse opuesto a la celebración del matrimonio. En este último caso, es imperativo para el juez oír al adolescente y, teniendo en cuenta su edad y grado de madurez, hacer lugar o no al pedido de nulidad (art. 425, inc. a).

iv) Adopción: en la declaración judicial de la situación de adoptabilidad, el art. 608, inciso a), incluye entre los sujetos del procedimiento con carácter de parte, el NNA si tiene edad y grado de madurez suficiente, quien comparece con asistencia letrada. Mientras que el art. 609 entre las reglas de procedimiento, dispone como obligatoria la entrevista personal del juez con los padres, si existen, y con el NNA cuya situación de adoptabilidad se tramita.

⁸³ Corte IDH: caso “*Furlan y Familiares vs. Argentina*”, párr. 203, y caso “*Mendoza y otros vs. Argentina*”, párr. 143. *Vid.* también, Comité de los Derechos del Niño, Observación General n° 7 (2005): “Realización de los derechos del niño en la primera infancia”, apartado 17.

⁸⁴ Ley 26.994/ 2014.

En cuanto al juicio de adopción, el art. 617 detalla las reglas mínimas que se deben aplicar a todo el procedimiento. El precepto indica que el pretense adoptado que cuenta con edad y grado de madurez suficiente es parte en el proceso de adopción, debiendo contar con asistencia letrada (inc.a); el juez lo debe oír personalmente y tener en cuenta la opinión según su edad y grado de madurez (inc. b); y que el pretense adoptado mayor de diez años debe prestar consentimiento expreso para que el acto se perfeccione (inc. d), concordantemente con lo dispuesto en el art. 595 inc. f).

Coherente con el principio del respeto a la identidad, el art. 596 determina que el adoptado con edad y grado de madurez suficiente tiene derecho a conocer los datos relativos a su origen y puede acceder, cuando lo requiera, al expediente judicial y administrativo en el que se tramitó su adopción y a otra información que conste en registros judiciales o administrativos. El art. 598, enfatiza que la existencia de descendientes de los pretendientes adoptantes no impide la adopción, y se les confiere participación, pues deben ser oídos por el juez, valorándose su opinión de conformidad con su edad y grado de madurez.

Las reglas jurídicas que administran el apellido del hijo por adopción plena, también exigen al juez valorar especialmente la opinión del adoptado que cuenta con la edad y grado de madurez suficiente (art. 626, inc. d). En la forma simple, si el adoptado reúne iguales requisitos referidos a la edad y grado de discernimiento suficiente puede solicitar se mantenga el apellido de origen (art. 627, inc. d). Finalmente, el art. 635 en el inciso c), anuncia la nulidad relativa de la adopción obtenida en violación a las disposiciones referidas al derecho del NNA a ser oído, a petición exclusiva del adoptado.

v) Responsabilidad parental: el título VII relativo a las relaciones jurídicas entre progenitores e hijos, inicia su articulado con la definición de la responsabilidad parental. Seguidamente, entre los principios generales por las que se rige y que constituyen una norma clave en la materia, se encuentra el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez (art. 639, inc. c).

El art. 643, prevé la posibilidad excepcional de delegación del ejercicio de la responsabilidad parental, bajo la condición que el acuerdo con la persona que acepta la delegación sea homologado judicialmente, resultando ineludible oír la opinión del hijo. En el art. 645, último párrafo, se torna explícito el principio de autonomía progresiva, al imponer que en los supuestos en que cualquiera de los actos que requieren del consentimiento expreso de ambos progenitores involucre a hijos adolescentes⁸⁵, es preciso recabar su consentimiento.

⁸⁵ El CCCN en el art. 25 denomina adolescente a la persona menor de edad (que no haya cumplido 18 años) que cumplió trece años.

El Capítulo 3, aborda en dos artículos los principios básicos del ejercicio de la responsabilidad parental. Los deberes de los progenitores están puntualizados en el art. 646, cuyo inciso c) obliga a “respetar el derecho del niño y adolescente a ser oído y a participar en su proceso educativo, así como en todo lo referente a sus derechos personalísimos”.

El Capítulo 4, se ocupa de los deberes y derechos de los progenitores referidos a la vida cotidiana del hijo, introduciendo el concepto de cuidado personal. En el supuesto excepcional en el que el cuidado personal del hijo deba ser unipersonal, el inciso c) del art. 653, manda al juez a ponderar la opinión del hijo. También está prevista la participación del hijo en el plan de parentalidad que pueden presentar los progenitores relativo a su cuidado, así como en su modificación (art. 655, último párrafo)⁸⁶.

vi) Procesos de familia: estos procesos han sido regulados en el Título VIII, “Procesos de familia”, del Libro II, “Relaciones de familia” del CCCN. Según las circunstancias del caso, existen tres instrumentos procesales para que el NNA que es capaz de formarse su propia opinión la exprese libremente en todos los procesos que le afecten directamente: la entrevista personal con el juez y el asesor, las entrevistas con el equipo técnico interdisciplinario, en situaciones determinadas, y el abogado del niño⁸⁷.

d) Protocolo de actuación para el funcionamiento de los convenios de sustracción internacional de niños

El 12 de diciembre de 2016, se adoptó este Protocolo concerniente a los Convenios de La Haya de 25 de octubre de 1980⁸⁸ y de 19 de octubre de 1996⁸⁹ y a la Convención Interamericana de 15 de julio de 1989⁹⁰, para dar una respuesta adecuada, oportuna y eficiente a los casos de sustracción internacional de niños. La estructura del Protocolo yace en ciertos principios rectores, entre los que se mencionan, de forma expresa, el interés superior del niño y el reconocimiento del derecho que él tiene de participar activamente y a ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que lo afecte, en función de su edad y grado de madurez y, de ser posible, con el auxilio de equipos técnicos especializados en niñez y adolescencia. Para que el niño tome conciencia de cómo influirá su participación en la

⁸⁶ G. Caramelo/S. Picasso/M. Herrera, *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, 1ª ed., Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Infojus, 2015.

⁸⁷ G. Medina, “El proceso de familia en el código unificado”, *Revista Reformas legislativas. Debates doctrinarios. Código Civil y Comercial*. Año 1. N° 3, agosto 2015, p. 41.

⁸⁸ Sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores.

⁸⁹ Relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños.

⁹⁰ Sobre restitución internacional de menores.

decisión que se obtenga, se debe asegurar que reciba toda la información respecto de la situación que lo involucra y sobre la cual se va a manifestar.

e) Ley sobre procedimiento para la aplicación de los convenios de restitución de NNA y régimen de visitas o contacto internacional

El 21 de diciembre de 2016, se sancionó en la Provincia de Córdoba esta ley, cuyos rasgos distintivos descansan en la enunciación de principios sustantivos y procedimentales para su interpretación y aplicación. Entre los segundos, sobresale el derecho del NNA a participar activamente en todo el procedimiento judicial por sí mismo o con el asesor de familia o asesor letrado –según corresponda– y del abogado defensor si lo tuviere, para que lo asista y represente en la causa. Sin perjuicio de la intervención del Ministerio Público de la Defensa, por intermedio del asesor de familia o asesor letrado –según corresponda– y del Ministerio Público Fiscal que son partes necesarias en el procedimiento dentro del ámbito de su competencia funcional (arts. 12, 13 y 14).

En síntesis, puede advertirse que el marco normativo descripto ha procurado subrayar tanto las medidas legislativas adoptadas en Argentina en los últimos años que garantizan que se recaben y se tengan en cuenta las opiniones del niño en el ejercicio de sus derechos, como aquéllas que acusan un déficit en el enfoque de la niñez en el diseño de la política migratoria.

Deseo finalizar estos comentarios con las elocuentes palabras del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, Filippo Grandi: “Estamos en un punto de inflexión y para que la gestión del desplazamiento en el mundo tenga éxito es necesario un nuevo enfoque mucho más integral, que no deje solos a los países y a las comunidades frente a estas situaciones”⁹¹.

⁹¹A. Edwards, Informe anual, tendencias globales de ACNUR, Ginebra, Suiza, 19 de junio 2018.