

OPINIÓN ESCRITA

OPINIÓN CONSULTIVA SOBRE NIÑEZ MIGRANTE

Señor Pablo Saavedra Alessandri
Secretario Ejecutivo
Corte Interamericana de Derechos Humanos
Organización de los Estados Americanos
Apdo. 6906-1000
San José, Costa Rica
PRESENTE

Diego Leonel Freedman, en mi carácter de docente a cargo de la Comisión nro. 1309¹ del Departamento de Práctica Profesional de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires con relación a la Opinión Consultiva sobre Niñez Migrante denunciando como domicilio procesal el Centro de Práctica Profesional de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires sito en Talcahuano 550, piso 8º, Ciudad Autónoma de Buenos Aires (Argentina) ante ustedes respetuosamente me presento y digo:

Vengo a solicitar a la Corte Interamericana que se admita el escrito de Amicus Curiae en los términos del art. 73.3 del Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Interés de la Comisión nro. 1309 del Departamento de Práctica Profesional de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires en el tema

La Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires cuenta con un Departamento de Práctica Profesional a cargo del dictado de cursos de grado regulares destinados a brindar formación práctica a los estudiantes de

¹ En la tarea de recopilación han colaborado como alumnos de la Comisión: Camila Corres, Johanna Sosa, Claudio Saade, Florencia Furbatto, Sabrina Frydman, Greta Pena, Daniel Coso, Amalia Barbieri, Javier Segovia y Julieta Antoniucci

abogacía a través del patrocinio jurídico gratuito. La actividad consiste en recibir consultas y patrocinar casos judiciales de personas de escasos recursos económicos mediante la actividad conjunta de docentes y estudiantes. Los cursos de práctica profesional son anuales y se realizan en la etapa final de la carrera.

Uno de los cursos se encuentra a cargo de la Comisión 1309 y se especializa en el patrocinio de niños y niñas en conflicto con la ley penal y víctimas de delitos ante la Justicia competente en la Ciudad de Buenos Aires (Argentina). Este curso se puso en marcha en 1999, a instancias de la Profesora Mary Beloff a fin de articular la teoría y la praxis en materia de derechos de la infancia y generar un mayor reconocimiento de los estándares constitucionales y de derechos humanos en la jurisprudencia². Estuvo a cargo de los docentes Gimol Pinto y Martiniano Terragni y, actualmente, se encuentra a mi cargo³.

En nuestra tarea diaria intentamos asegurar un mayor acceso a la Justicia de los niños y de las niñas y procuramos un pleno respeto de sus garantías procesales a fin de asegurar su derecho a ser oído. Por ello, nos parece que podemos hacer un aporte sobre el alcance de las garantías del debido proceso respecto de niños y niñas migrantes (puntos 2 y 6 de la solicitud de opinión consultiva).

A fin de abordar esta cuestión repasaremos algunos estándares reconocidos por los organismos internacionales de derechos humanos y la legislación argentina, tanto referentes a niños y niñas como a procesos judiciales o administrativos vinculados con las personas migrantes.

1) Comité de los Derechos del Niño

² Ver el trabajo de nuestra Comisión en *Informe del Curso de Práctica Profesional especializado en Derecho Penal Juvenil*, Revista Academia, nro. 15, año 8, Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Editores Rubinzal Culzoni, 2010, ps. 195 y ss.

³ Ver Manual de Práctica Profesional de Martiniano Terragni, *Justicia Penal de Menores*, Ed. La Ley, 1ra. edición, Buenos Aires, 2008.

El Comité de los Derechos del Niño, en sus Observaciones Generales, ha establecido una serie de estándares respecto del acceso a la Justicia y el debido proceso judicial y administrativo.

Al respecto, consideró que los derechos previstos en la Convención sobre los Derechos del Niño deben incluir **a todos los niños migrantes** con independencia de su nacionalidad o apatridia y situación en términos de inmigración⁴.

Derecho a ser oído: A fin de garantizar efectivamente el derecho a ser oído hay que desarrollar un entorno que no sea intimidatorio, hostil, insensible o inadecuado a la edad del niño o de la niña⁵. Los procedimientos (judiciales y administrativos) deben ser accesibles y apropiados a los niños y a las niñas⁶. Se recalcó que es necesario prestar “especial atención al suministro y la transmisión de información adaptada a los niños, la prestación de apoyo adecuado para la defensa de los intereses propios, la debida capacitación del personal, el diseño de las salas de tribunal, la vestimenta de los jueces y abogados y la disponibilidad de pantallas de protección visual y salas de espera separadas”⁷.

Las autoridades responsables de escuchar al niño o a la niña deben asegurar que esté informado “sobre su derecho a expresar su opinión”, “los efectos que tendrán en el resultado”⁸ y “sobre la opción de comunicar su opinión directamente o por medio de un representante”. En caso que sea escuchado directamente el niño o la niña, se les debe explicar “cómo, cuándo y dónde se lo escuchará y quiénes serán los participantes”⁹.

⁴ Observación General N° 6 (2005), “Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen”, CRC/GC/2005/6, párr. 12.

⁵ Observación General N° 12 (2009), “El derecho del niño a ser escuchado”, CRC/C/GC/12, párr. 34.

⁶ Observación General N° 12 (2009), “El derecho del niño a ser escuchado”, CRC/C/GC/12, párr. 34.

⁷ Observación General N° 12 (2009), “El derecho del niño a ser escuchado”, CRC/C/GC/12, párr. 34.

⁸ Observación General N° 12 (2009), “El derecho del niño a ser escuchado”, CRC/C/GC/12, párr. 41.

⁹ Observación General N° 12 (2009), “El derecho del niño a ser escuchado”, CRC/C/GC/12, párr. 41.

El contexto debe ser propicio e inspirar confianza, “de modo que el niño pueda estar seguro de que el adulto responsable de la audiencia está dispuesto a escuchar y tomar en consideración seriamente lo que el niño haya decidido comunicar”¹⁰. La autoridad “debe informar al niño del resultado del proceso y explicar cómo se tuvieron en consideración sus opiniones”¹¹. Lo cual debe posibilitar al niño o la niña que insistan con su postura, muestren su acuerdo, hagan una nueva propuesta, presenten una apelación o formulen una denuncia¹². Siempre debe estar disponible una vía recursiva cuando el niño o la niña consideren que no fueron debidamente escuchados en un proceso judicial o un procedimiento administrativo¹³.

Representación del niño o de la niña: La representación del niño o de la niña en el proceso judicial o el procedimiento puede ser ejercida por uno de los progenitores o ambos, un abogado u otra persona (por ejemplo, un trabajador social)¹⁴. Sin embargo, debe procurarse que el representante transmita correctamente las opiniones del niño o de la niña¹⁵. Resulta exigible que los profesionales que actúan en su representación conozcan y comprendan suficientemente los distintos aspectos del proceso de adopción de decisiones y tengan experiencia en el trabajo con niños¹⁶. Es importante que la elección del representante sea efectuada por el niño o la niña o por la autoridad competente conforme a su situación particular, atendiendo al posible conflicto de intereses¹⁷.

¹⁰ Observación General N° 12 (2009), “El derecho del niño a ser escuchado”, CRC/C/GC/12, párr. 42.

¹¹ Observación General N° 12 (2009), “El derecho del niño a ser escuchado”, CRC/C/GC/12, párr. 45.

¹² Observación General N° 12 (2009), “El derecho del niño a ser escuchado”, CRC/C/GC/12, párr. 45.

¹³ Observación General N° 12 (2009), “El derecho del niño a ser escuchado”, CRC/C/GC/12, párr. 47.

¹⁴ Observación General N° 12 (2009), “El derecho del niño a ser escuchado”, CRC/C/GC/12, párr. 36.

¹⁵ Observación General N° 12 (2009), “El derecho del niño a ser escuchado”, CRC/C/GC/12, párr. 36.

¹⁶ Observación General N° 12 (2009), “El derecho del niño a ser escuchado”, CRC/C/GC/12, párr. 36.

¹⁷ Observación General N° 12 (2009), “El derecho del niño a ser escuchado”, CRC/C/GC/12, párr. 36.

Garantías en el procedimiento administrativo: En los procedimientos administrativos debe garantizarse siempre el derecho del niño o de la niña a ser oídos, el derecho a la divulgación de los expedientes pertinentes, la notificación de la vista y la representación por los progenitores u otras personas¹⁸ debiendo ser adaptado a sus características particulares¹⁹. Los niños deben tener acceso a la información “en formatos adaptados a su edad y capacidad respecto de todas las cuestiones que les interesan”²⁰. Lo cual comprende el conocimiento de “sus derechos, las actuaciones que los afecten, la legislación, la reglamentación y las normas nacionales, los servicios locales y los procedimientos de apelación y reclamación”²¹.

Garantías en los procedimientos de inmigración y asilo: En relación con los procedimientos de inmigración y asilo, se consideró que los niños que ingresan a un país porque sus padres buscan trabajo o son refugiados se encuentran en una situación “especialmente vulnerable”²². Es “urgente” respetar su derecho de expresar sus opiniones y en el caso que demande el asilo, escuchar sus motivos²³ y “sus expectativas educativas y sus condiciones de salud a fin de integrarlo en los servicios escolares y de salud”²⁴. En particular, se destacó 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

¹⁸ Observación General N° 12 (2009), “El derecho del niño a ser escuchado”, CRC/C/GC/12, párr. 65.

¹⁹ Observación General N° 12 (2009), “El derecho del niño a ser escuchado”, CRC/C/GC/12, párr. 66.

²⁰ Observación General N° 12 (2009), “El derecho del niño a ser escuchado”, CRC/C/GC/12, párr. 82.

²¹ Observación General N° 12 (2009), “El derecho del niño a ser escuchado”, CRC/C/GC/12, párr. 82.

²² Observación General N° 12 (2009), “El derecho del niño a ser escuchado”, CRC/C/GC/12, párr. 123.

²³ Observación General N° 12 (2009), “El derecho del niño a ser escuchado”, CRC/C/GC/12, párr. 123.

²⁴ Observación General N° 12 (2009), “El derecho del niño a ser escuchado”, CRC/C/GC/12, párr. 123.

y asilo”²⁵. Asimismo, los niños solicitantes de asilo necesitan “datos sobre el paradero de su familia e información actualizada sobre la situación en su país de origen para determinar su interés superior”²⁶. Deben contar con interpretación durante todas las fases del procedimiento²⁷ y debe designarse un tutor o asesor a título gratuito²⁸.

Cuando el niño o la niña no estén acompañados o se encuentren separados de su familia se le debe nombrar un tutor o asesor, que estará autorizado a intervenir en todos los procedimientos administrativos y procesos judiciales²⁹. Este tutor debe contar con “conocimientos necesarios especializados en atención de la infancia”, lo que incluye las “necesidades en materia jurídica, social, sanitaria, psicológica, material y educativa” y no puede tener un conflicto de intereses con el niño³⁰. Debe conocer los antecedentes del niño³¹. Aparte, en el procedimiento administrativo o en el proceso judicial debe contar con un abogado (representante legal)³². Expresamente se consideró que “Las solicitudes de asilo presentadas por menores no acompañados o separados de su familia gozarán de prioridad y se procurará por todos los medios que recaiga sobre la misma una decisión justa y sin dilación”.

En relación con el derecho a ser oído en estos procedimientos rige el beneficio de la duda si hay elementos para dudar de la credibilidad del relato

²⁵ Observación General N° 12 (2009), “El derecho del niño a ser escuchado”, CRC/C/GC/12, párr. 124 y OG 6, párr. 25.

²⁶ Observación General N° 12 (2009), “El derecho del niño a ser escuchado”, CRC/C/GC/12, párr. 124 y OG 6, párr. 25.

²⁷ Observación General N° 6 (2005), “Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen”, CRC/GC/2005/6, párr. 25.

²⁸ Observación General N° 12 (2009), “El derecho del niño a ser escuchado”, CRC/C/GC/12, párr. 124.

²⁹ Observación General N° 6 (2005), “Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen”, CRC/GC/2005/6, párr. 33.

³⁰ Observación General N° 6 (2005), “Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen”, CRC/GC/2005/6, párr. 33.

³¹ Observación General N° 6 (2005), “Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen”, CRC/GC/2005/6, párr. 69.

³² Observación General N° 6 (2005), “Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen”, CRC/GC/2005/6, párr. 36.

del niño³³ y se deben tener en cuenta sus antecedentes personales, familiares y culturales³⁴.

2) Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Corte Interamericana en sus decisiones ha definido estándares respecto del acceso a la justicia y el debido proceso judicial y administrativo de los niños.

Genéricamente, consideró la necesidad de establecer “**medidas de compensación**” para superar desigualdades reales en el acceso a la justicia³⁵ y asegurarle, por lo menos, las mismas garantías que a las personas adultas³⁶ en los procesos judiciales y en los procedimientos administrativos³⁷. Estas garantías son independientes del estado migratorio³⁸.

Derecho a ser oído: Se ha reconocido expresamente el derecho del niño o de la niña a participar directamente en el proceso judicial o en el procedimiento administrativo teniendo en cuenta sus “condiciones específicas del menor y su interés superior”³⁹ asegurando el mayor acceso posible⁴⁰.

El niño o la niña tienen derecho a declarar o decidir no hacerlo ante la autoridad competente y a contar con un abogado⁴¹. La declaración debe ser valorada con cautela, atendiendo a la edad, su aptitud para apreciar o reproducir los hechos y otras circunstancias⁴².

³³ Observación General N° 6 (2005), “Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen”, CRC/GC/2005/6, párr. 71.

³⁴ Observación General N° 6 (2005), “Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen”, CRC/GC/2005/6, párr. 72.

³⁵ Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002, párr. 97 y Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003, párr. 121.

³⁶ Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002, párr. 100.

³⁷ Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002, párr. 117 y Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003, párr. 123.

³⁸ Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003, párr. 122.

³⁹ Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002, párr. 102.

⁴⁰ Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002, párr. 102.

⁴¹ Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002, párr. 129.

⁴² Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002, párr. 130.

Garantías judiciales: En materia de debido proceso es menester asegurar un “órgano judicial competente, independiente e imparcial, cuya actuación se ajuste escrupulosamente a la ley, en la que se fijará, conforme a criterios de oportunidad, legitimidad y racionalidad, el ámbito de los poderes reglados de las potestades discrecionales”⁴³.

Garantías en los procesos de inmigración y asilo: En materia de migrantes, ha sostenido que el “derecho internacional ha desarrollado ciertos límites a la aplicación de las políticas migratorias que imponen un apego estricto a las garantías del debido proceso y al respeto de la dignidad humana, cualquiera que sea la condición jurídica del migrante”⁴⁴.

3) Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Garantías en el proceso de los trabajadores migratorios: En un Informe Anual, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha definido una serie de estándares para asegurar el debido proceso de los trabajadores migratorios. En primer lugar, debe asegurarse el derecho a ser oído y la celeridad y la eficacia de las decisiones de la autoridad administrativa o judicial⁴⁵. Las decisiones deben ser adoptadas por autoridades judiciales o administrativas imparciales y responsables ante la ley (sometidas a mecanismos de control). El trabajador migratorio tiene derecho a ser oído, lo cual implica “conocer y contradecir la prueba que se ofrezca en su contra” y “ofrecer y producir pruebas pertinentes”. Debe asegurarse que el inmigrante, cualquiera sea su estatus, comprenda el procedimiento y sus derechos procesales, debiendo ofrecerle los servicios de traducción y una asesoría especializada. Asimismo, debe garantizarse la representación legal gratuita a

⁴³ Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002, párr. 120.

⁴⁴ Caso “Vélez Llor Vs. Panamá”. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 218, párr. 100.

⁴⁵ Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, año 2000, Capítulo V. Estudios Especiales, Segundo Informe de Progreso de la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y miembros de sus familias, VI. Garantías de Debido Proceso, Oea/Ser./L/V/Ii.111, párr. 95.

las personas indigentes⁴⁶. Las decisiones administrativas deben ser susceptibles de revisión judicial, que asegure un control de legalidad y razonabilidad. Finalmente, se debe garantizar el acceso consular oportuno.

Control judicial: En casos individuales, la Comisión ha remarcado la necesidad de que las decisiones administrativas respecto de los migrantes sean revisables judicialmente permitiendo la posibilidad de ejercer su defensa en forma efectiva⁴⁷.

4) **Ámbito Europeo**

Garantías judiciales para niños no acompañados solicitantes de asilo: La Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa en su Recomendación 1703 (2005) sobre protección y asistencia para niños no acompañados solicitantes de asilo recomendó que se asegure que los niños y las niñas deben contar con un tutor y un abogado designado en un plazo que no supere las dos semanas. Asimismo, se debe garantizar que el niño o la niña sean escuchados directamente o por medio de su tutor de acuerdo a su edad, madurez y desarrollo psicológico. Finalmente, se recomendó que los abogados y funcionarios tengan formación especializada.

Garantías judiciales para personas migrantes: En el caso “*Çonka v. Belgium*”⁴⁸ se consideró que el art. 13 de la Convención Europea de Derechos Humanos⁴⁹ exige que la persona migrante sea oída en un proceso judicial,

⁴⁶ La misma postura fue sostenida por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el Informe sobre Inmigración en Estados Unidos: Detenciones y Debido Proceso, aprobado el 30 de diciembre de 2010, párr. 20.

⁴⁷ Casos “Comité Haitiano de Derechos Humanos et al. v. Estados Unidos de América”, nro. 10.675, Informe No. 51/96, del 13 de marzo de 1997; “Juan Ramón Chamorro Quiroz vs. Costa Rica”, nro. 11.495, Informe No. 89/00, del 5 de octubre de 2000 “José Sánchez Guner Espinales y otros c/ Costa Rica”, Informe N° 37/01, nro. 11.529, del 22 de febrero de 2001 y “Jesús Tranquilino Vélez Looor v. Panamá”, Informe N° 95/06, Decisión de Admisibilidad, del 23 de octubre de 2006.

⁴⁸ Nro. 51.564/99 (Sect. 3), ECHR 2002-I – (5.2.02).

⁴⁹ Art. 13: “Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante

tenga acceso a la información sobre su caso y que la decisión administrativa no sea efectivizada antes de finalizada la vía judicial. Por su parte, en el caso "Hilal v. The United Kingdom"⁵⁰ se consideró compatible con el art. 13 de la Convención Europea de Derechos Humanos que el control judicial abarque cuestiones sustantivas y procedimentales y tenga facultades para dejar sin efecto la decisión administrativa.

5) Legislación argentina

Garantías judiciales: La ley 25.871⁵¹ si bien no regula específicamente la situación de los niños y de las niñas migrantes, establece genéricamente garantías procesales al permitir que las decisiones de la autoridad administrativa sean revisables por la Justicia⁵². Este control se limita al control de legalidad, debido proceso y de razonabilidad del acto motivo de impugnación⁵³. También se puede recurrir a la autoridad judicial cuando hay demoras en el trámite administrativo⁵⁴. El acceso a estos recursos no puede verse afectado por la carencia de medios económicos, ya que no debe operar como obstáculo la tasa de justicia⁵⁵. Debe destacarse que la decisión

una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales”.

⁵⁰ Nro. 45.276/99 (Sect. 3), ECHR 2001-II- (6.3.01).

⁵¹ Sancionada: 17 de diciembre de 2003. Promulgada: 20 de enero de 2004.

⁵² Art. 84: “Agotada la vía administrativa a través de los Recursos de Reconsideración, Jerárquico o Alzada, queda expedita la vía recursiva judicial”.

⁵³ Art. 89.

⁵⁴ Art. 85: “La parte interesada podrá solicitar judicialmente se libre orden de pronto despacho, la cual será procedente cuando la autoridad administrativa hubiere dejado vencer los plazos fijados o, en caso de no existir éstos, si hubiere transcurrido un plazo que exceda lo razonable para dictaminar. Presentado el pedido, el juez debe expedirse sobre su procedencia teniendo en cuenta las circunstancias del caso y, de entenderlo procedente, requerirá a la autoridad administrativa interviniente un informe acerca de las causas de la demora invocada, fijándole para ello un plazo. La decisión judicial será inapelable. Contestado el requerimiento o vencido el plazo para hacerlo sin haber obtenido la resolución pertinente, el juez resolverá lo que corresponda con relación a la mora, librando —en su caso— la orden correspondiente a fin de que la autoridad administrativa responsable despache las actuaciones en el plazo que se establezca de acuerdo con la naturaleza y complejidad del caso pendiente”.

⁵⁵ Arts. 87 y 88.

administrativa de expulsión permanece suspendida hasta que se resuelve la vía judicial⁵⁶.

Se prevé expresamente que los extranjeros que carezcan de recursos económicos tienen derecho a la asistencia jurídica gratuita en los procedimientos administrativos y judiciales y a la asistencia de un intérprete⁵⁷.

Situación de los niños y las niñas no acompañados: Recientemente, la Dirección Nacional de Migraciones dictó la Disposición nro. 2656, que cuando un niño o una niña ingresa al país y no está acompañado debe intervenir la autoridad judicial competente en materia de minoridad. De esta forma, se asegura la intervención inmediata del Poder Judicial.

Análisis final

Un análisis de algunos de los estándares referidos nos permite precisar las siguientes garantías aplicables a los procesos judiciales o administrativas que involucran a niños o niñas migrantes

⁵⁶ Art. 61: “Al constatar la irregularidad de la permanencia de un extranjero en el país, y atendiendo a las circunstancias de profesión del extranjero, su parentesco con nacionales argentinos, el plazo de permanencia acreditado y demás condiciones personales y sociales, la Dirección Nacional de Migraciones deberá conminarlo a regularizar su situación en el plazo perentorio que fije para tal efecto, bajo apercibimiento de decretar su expulsión. Vencido el plazo sin que se regularice la situación, la Dirección Nacional de Migraciones decretará su expulsión con efecto suspensivo y dará intervención y actuará como parte ante el Juez o Tribunal con competencia en la materia, a efectos de la revisión de la decisión administrativa de expulsión”.

⁵⁷ Art. 86: “Los extranjeros que se encuentren en territorio nacional y que carezcan de medios económicos, tendrán derecho a asistencia jurídica gratuita en aquellos procedimientos administrativos y judiciales que puedan llevar a la denegación de su entrada, al retorno a su país de origen o a la expulsión del territorio argentino. Además tendrán derecho a la asistencia de intérprete/s si no comprenden o hablan el idioma oficial. Las reglamentaciones a la presente, que en su caso se dicten, deberán resguardar el ejercicio del Derecho Constitucional de defensa”.

El decreto reglamentario nro. 616/2010 establece en el art. 86 que: “La DIRECCION NACIONAL DE MIGRACIONES, ante el planteo que efectúe un extranjero, dará inmediata intervención al MINISTERIO PUBLICO DE LA DEFENSA, disponiendo la suspensión de cualquier trámite y de los plazos en curso en las actuaciones administrativas, hasta que el referido Ministerio tome intervención o el interesado reciba la asistencia jurídica necesaria para la salvaguarda de sus intereses”.

- El respeto al derecho a ser oído obliga a crear un entorno adecuado para que el niño o la niña se exprese libremente, con confianza e intimidad. Esto requiere adecuar la infraestructura, los horarios de funcionamiento, el mobiliario, entre otros factores.
- Resulta necesario que los funcionarios intervinientes tengan la capacitación adecuada y fundamentalmente el tiempo necesario para escuchar a un niño o una niña. Dependiendo de la edad, la madurez, la situación personal, familiar y social, el tipo de caso, entre diversas cuestiones, el niño o la niña pueden requerir de varias entrevistas para expresar su opinión. También deben tener en cuenta y valorar otras formas de comunicaciones no verbales (gestos, dibujos)
- El niño o la niña tiene derecho de expresarse, como también tiene el derecho de no querer hacerlo. No debe ser obligado a participar si es informado y decide no ser oído. Asimismo, debe tener la posibilidad de ofrecer su declaración por escrito.
- Es fundamental que el niño o la niña sean informados de sus derechos y del proceso y del procedimiento. Esta información debe ser efectuada en forma comprensible y con suficiente anticipación para que pueda adoptar sus decisiones.
- Debe asegurarse la intervención de un intérprete, en el caso que el niño o la niña no conozco o no comprenda plenamente el idioma oficial. Es importante que quede constancia de su participación y que siempre sea el mismo para generar mayor confianza en el niño o la niña. Asimismo, se requiere una capacitación específica para intervenir en estos casos⁵⁸.
- La participación del niño o de la niña debe ser canalizada por un representante, resultando conveniente que sean sus padres u otra

⁵⁸ “Las personas que trabajan como **intérpretes** en el proceso de DIS [Determinación del Interés Superior] deben tener acceso a una formación específica .Los intérpretes, además de sus habilidades lingüísticas, deben ser conscientes de la imparcialidad de su papel, respetar la confidencialidad y poseer la capacidad de mostrar sensibilidad en materia de género, edad y cuestiones culturales”, Directrices del ACNUR para la determinación del interés superior del niño, mayo de 2008, p. 54

persona allegada. Es fundamental que el niño o la niña tenga confianza en esa persona. En el caso que se advierta la existencia de un conflicto de interés o que manifieste su desconfianza debe designarse a otra persona que actúe en su representación. Esta persona debe conocer suficientemente los intereses y la situación del niño o de la niña, para lo cual, se requiere que se entreviste con cierta frecuencia para lograr su confianza. Este representante debe estar suficientemente capacitado para intervenir en los procesos, pudiendo ser un profesional.

- El niño o la niña y su representante deben contar con asistencia letrada durante todo el proceso o el procedimiento. El abogado o la abogada deben estar especializados en los derechos de los migrantes, más allá de conocer las problemáticas particulares de la infancia. A fin de generar mayor confianza en el niño o la niña es fundamental que siempre sea el mismo profesional.
- El niño o la niña y su representante deben haber sido informados de la posibilidad de la asistencia consular.
- En el proceso judicial o en el procedimiento administrativo se debe contar con el permanente asesoramiento interdisciplinario por medio de profesionales especializados en psicología, pedagogía, trabajo social, dependiendo de las cuestiones abordadas. Es fundamental que se recopile información actualizada sobre la situación personal, familiar y social para que la decisión esté suficientemente fundada.
- El proceso judicial o el procedimiento administrativo debe conservar cierta confidencialidad, al igual que todos los actos procesales.
- En el proceso judicial o en el procedimiento administrativo, el niño o la niña y su representante deben tener la facultad de ofrecer todas las medidas de prueba y participar por sí mismo y su abogado en todas las actividades probatorias sin limitaciones.

- El proceso o el procedimiento debe extenderse un plazo razonable, tanto para evitar la situación de incertidumbre como para permitir la participación del niño o de la niña.
- Cuando la resolución haya sido adoptada en un procedimiento administrativo debe estar prevista la posibilidad de que el niño, la niña o su representante soliciten una revisión judicial plena. El planteo judicial debe suspender la ejecución de la decisión administrativa hasta agotar la vía judicial. Debe asegurarse la posibilidad de acceso impidiendo que existan tasas judiciales que desincentiven el planteo judicial.
- En el caso que la decisión haya sido adoptada por un proceso judicial siempre debe preverse la posibilidad del recurso ante una autoridad judicial superior.
- Si bien no ha sido objeto de nuestro análisis en forma específica, la vigencia del principio de no detención, además de asegurar una mayor protección de los niños migrantes y mejores oportunidades de acceder a sus derechos, optimiza la posibilidad de ejercer las garantías procesales. Difícilmente, un niño o una niña privada de la libertad tenga las mismas posibilidades para ser oído, entrevistarse con su abogado o con su tutor.



Diego Freedman
DNI 26.894.827

Dirección: Talcahuano 550. 8vo. Piso. Departamento de Práctica Profesional
Ciudad de Buenos Aires, Argentina.

Correo electrónico: diegofreedman@hotmail.com

Número de teléfono: 54-11-15-5497-7072.