



Universidad de Chile
Facultad de Derecho
Escuela de Postgrado
Magíster en Derecho de Familia
Infancia y Adolescencia

**NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES MIGRANTES EN CHILE: DERECHO
Y JUSTICIA**

Tesis para optar al grado de Magíster en Derecho de Familia, Infancia y
Adolescencia

DANIELA CECILIA FUENZALIDA FUENZALIDA

Profesora guía:

FABIOLA LATHROP GÓMEZ

Santiago de Chile, 2017

ÍNDICE

| | |
|--|----|
| RESUMEN | 1 |
| INTRODUCCIÓN | 3 |
| CAPÍTULO I. SER UN MIGRANTE EN EL MUNDO | 6 |
| 1. El fenómeno de la migración | 6 |
| 2. Niños, niñas y adolescentes ante la migración..... | 10 |
| 2.1 Niños, niñas y adolescentes y tipos de migración..... | 17 |
| 2.2 Niños, niñas y adolescentes y estatus migratorio | 23 |
| 3. Marco normativo internacional sobre la protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes migrantes | 26 |
| 4. Principios de derechos humanos aplicables a los niños, niñas y adolescentes migrantes | 35 |
| 4.1 Interés Superior del Niño | 36 |
| 4.2 Igualdad y no discriminación..... | 39 |
| 4.3 Derecho a no ser privado de libertad por la situación migratoria | 40 |
| 4.4 Derecho a un debido proceso | 43 |
| 4.5 Derecho a ser oído | 45 |
| 4.6 Derecho a la vida familiar..... | 46 |
| CAPÍTULO II. PANORAMA ACTUAL DE LA MIGRACIÓN EN CHILE | 52 |
| 1. Características de la migración en Chile | 52 |
| 2. Marco normativo interno sobre la protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes migrantes | 59 |

| | | |
|-----|--|----|
| 2.1 | Normativa específica relativa a la salud de los niños, niñas y adolescentes migrantes | 68 |
| 2.2 | Normativa específica relativa a la educación de los niños, niñas y adolescentes migrantes | 70 |
| 2.3 | Normativa específica relativa al sistema de protección de derechos de niños, niñas y adolescentes migrantes | 72 |
| 2.4 | Normativa específica relativa a la prohibición de sanciones en contra de niños, niñas y adolescentes migrantes | 73 |
| 2.5 | Normativa específica relativa a la permanencia en el país de niños, niñas y adolescentes migrantes | 74 |
| 3. | Problemas que afectan los derechos de los niños, niñas y adolescentes migrantes en Chile derivados de la actual legislación migratoria | 75 |
| 3.1 | Falta de protección a los niños, niñas y adolescentes no acompañados o que viajan solos | 77 |
| 3.2 | Vulneración del derecho a adquirir una nacionalidad al momento de nacer | 86 |
| 3.3 | Vulneración del derecho de acceso a la educación | 95 |

CAPÍTULO III. EL ROL DE LOS TRIBUNALES NACIONALES E INTERNACIONALES EN LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES MIGRANTES..... 100

| | | |
|-----|---|-----|
| 1. | Niños, niñas y adolescentes migrantes y el acceso a la justicia..... | 100 |
| 2. | Jurisprudencia de la Corte Suprema chilena respecto a situaciones que afectan a los niños, niñas y adolescentes migrantes | 106 |
| 2.1 | Jurisprudencia relativa al derecho a vivir en familia en el contexto migratorio..... | 106 |
| 2.2 | Jurisprudencia relativa al derecho a la nacionalidad e identidad | 119 |

| | | |
|--------------------|--|-----|
| 2.3 | Reclamación de nacionalidad colectiva ante la Corte Suprema. El trabajo de las organizaciones de la sociedad civil | 130 |
| 3. | Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos relativa a los niños, niñas y adolescentes migrantes..... | 136 |
| 3.1 | Protección del derecho a la vida familiar en el contexto migratorio en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos..... | 137 |
| 3.2 | Protección del derecho a la nacionalidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos | 143 |
| 4. | Una mirada general a la labor jurisprudencial | 148 |
| CONCLUSIÓN | | 151 |
| BIBLIOGRAFÍA | | 154 |

RESUMEN

En esta tesis se analizará la migración de niños, niñas y adolescentes en Chile, el contexto en el que puede ocurrir y los efectos que puede tener para sus vidas, intentando responder la pregunta acerca de si en nuestro país existe una protección especial de los derechos de los niños, niñas y adolescentes migrantes, que tenga como principal objetivo garantizar su ejercicio y goce efectivo, así como evitar la amenaza o vulneración de los mismos.

Se partirá de la idea base de que estos sujetos son merecedores de una doble protección. Primero, por el hecho de encontrarse en un estado de desarrollo y crecimiento, lo que los hace depender de otras personas y carecer de un juicio y personalidad completamente formados. En segundo lugar, porque requieren de una protección especial por el hecho de ser migrantes, lo que los hace susceptibles de ver vulnerados sus derechos durante todo el proceso migratorio por la condición de incertidumbre e inseguridad en la que se encuentran.

Se revisará la actual normativa chilena sobre las personas migrantes, en especial la dirigida a niños, niñas y adolescentes, haciendo un análisis crítico de la misma y evaluando si tanto ella como las políticas públicas estatales cumplen el principal objetivo de evitar que los derechos de este grupo se vean amenazados o vulnerados ya sea por actuaciones u omisiones de particulares o del propio Estado.

Finalmente, se estudiará cómo los tribunales, nacionales e internacionales, han ido cambiando paulatinamente el enfoque con el que han debido enfrentar situaciones

en las que se ven involucrados niños, niñas y adolescentes migrantes y posibles vulneraciones a sus derechos. Y cómo este cambio de enfoque que ha surgido desde la normativa internacional de derechos humanos ha influido en los Estados receptores de migrantes, en especial, en nuestro país.

INTRODUCCIÓN

Durante toda la historia los seres humanos se han trasladado de un lado a otro. Motivados por diversas razones, han tenido que instalarse, de manera temporal o permanente, en nuevos lugares. Este continuo movimiento de personas se ha vuelto para los Estados una preocupación constante. La tensión entre el derecho a la libre circulación de los individuos y la potestad de control que tienen los Estados respecto del ingreso de personas a sus fronteras ha sido materia de discusión y aún no existe consenso absoluto acerca de cómo se debe actuar ante esta realidad, ni estamos cerca de tenerlo.

En lo que sí se ha avanzado es en el reconocimiento de los derechos humanos, de los cuales todos somos titulares, sin discriminación alguna. Y respecto de los cuales la comunidad internacional de los Estados se ha comprometido a promover, proteger y respetar. También se ha reconocido que existen grupos de individuos, que por sus características o situación en la que se encuentran, requieren una mayor o especial protección de sus derechos; entre estos grupos se encuentran los migrantes, así como también los niños, niñas y adolescentes.

Ser migrante, y a la vez niño, significa muchas veces estar expuesto a una doble posible amenaza o vulneración de sus derechos, en consideración al contexto en el cual se encuentran; ya sea porque no se les considera su opinión al momento de iniciar el proceso migratorio, o porque se ven expuestos a ser separados de sus padres durante el viaje, o porque pueden ser víctimas de discriminación en el país

al cual llegan. Estos temas se abordarán en los capítulos siguientes, la realidad de los niños, niñas y adolescentes migrantes, la situación en las que pueden encontrarse durante el proceso migratorio y cómo Chile ha abordado este tema, tan recurrente mediática y socialmente en nuestros días, aunque poco analizado.

El primer capítulo se centrará en el fenómeno migratorio desde una perspectiva general, poniendo particular atención en la migración de niños, niñas y adolescentes; en especial, respecto a cuáles pueden ser las ventajas y desventajas de la migración para ellos, en qué situación migratoria pueden encontrarse, y cómo pueden ver afectados sus derechos durante este proceso. Además, se revisará la normativa internacional que se refiere y protege los derechos de las personas migrantes y, en particular, la de los niños, niñas y adolescentes migrantes.

En el segundo capítulo se analizará la realidad migratoria nacional, cómo ésta ha ido cambiando hasta nuestros días, teniendo en cuenta que desde la década de los noventa la migración ha ido en aumento, y que hasta hoy el porcentaje de población migrante, sin embargo, no supera el 3% de las personas que viven en Chile. En lo que dice relación con la migración infantil, es posible indicar que ésta es aún baja, y, por ello, entre otras razones, aún no existe una real preocupación por parte del Estado, que se refleje en una política pública clara y en una normativa contundente dirigida a proteger los derechos de este grupo de individuos.

Se revisarán las principales leyes, decretos, reglamentos y resoluciones que se refieren en específico a la situación de las personas migrantes, especialmente, la normativa dirigida a la infancia migrante. En relación a esto, debo adelantar que no

existe una regulación armónica de tales normas, encontrándose en fuentes legales diversas y generalmente en normas de jerarquía infra legal. También en este segundo capítulo me referiré a algunas situaciones que, por falta de regulación o por una regulación que carece de un enfoque de derechos humanos, vulneran gravemente determinados derechos de niños, niñas y adolescentes.

Por último, en el tercer capítulo se estudiará la evolución de la jurisprudencia, tanto de nuestra Corte Suprema como de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, relativa al acceso a la justicia y la protección de derechos de los niños, niñas y adolescentes migrantes. Es importante indicar que han sido los tribunales quienes han promovido importantes cambios ante la nueva realidad migratoria. De este modo, la Corte Suprema chilena ha tenido en cuenta el enfoque de derechos humanos al momento de decidir situaciones que afectan derechos de niños, niñas y adolescentes migrantes, haciendo primar estos derechos por sobre las potestades estatales referidas al control de sus fronteras. Teniendo en consideración los derechos consagrados en tratados internacionales de derechos humanos, como el interés superior del niño, el derecho a la igualdad y no discriminación y el derecho de los niños a vivir en familia al momento de dictar sentencia.

CAPÍTULO I. SER UN MIGRANTE EN EL MUNDO

1. El fenómeno de la migración

Motivos para dejar el país de origen y migrar a otro lugar hay muchos. Entre ellos se encuentra el aventurarse a iniciar una nueva vida, la posibilidad de acceder a mejores condiciones económicas y laborales, así como también la búsqueda de un lugar más seguro para vivir. En particular, en el caso de Latinoamérica, se ha señalado que el fenómeno de la migración “tiene su motor en la inestabilidad política, crisis económicas recurrentes, bajos salarios y escasas oportunidades laborales en el país de origen”¹.

Al igual que toda decisión importante, migrar a otro lugar tiene un aspecto positivo y otro negativo. Se deja lo conocido atrás, la familia, las costumbres, incluso a veces el idioma y se llega a un lugar extraño, con otra cultura, otras reglas a las que hay que adaptarse si se quiere permanecer ahí. Sin embargo “a pesar de los riesgos que implica la migración, sigue siendo para millones de latinoamericanos y caribeños la única esperanza de progreso y realización”². Considerando lo anterior,

¹ SERRA María Laura. 2011. La Migración y los Derechos del Niño. [en línea] Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones “Ambrosio L. Gioja”, Año V, número especial. Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires. p. 229. https://www.researchgate.net/publication/281823464_LA_MIGRACION_Y_LOS_DERECHOS_DEL_NINO [consulta: 12 de junio 2016].

² LIWSKI Norberto. (s/a). Migraciones de niñas, niños y adolescentes Bajo el enfoque de derechos. [en línea] Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescente. p. 1. http://www.derechosinfancia.org.mx/Documentos/Migraciones_liwski.pdf [consulta: 12 de junio 2016].

es posible afirmar que el migrante se encuentra en una situación de mayor vulnerabilidad y desventaja respecto de los nacionales del lugar donde se llega y, por lo mismo, requieren mayor protección y un estatuto legal especial que considere su situación.

Entre los aspectos positivos de la migración, se pueden considerar la mejora de la situación económica, el envío de remesas a la familia que se quedó en el país de origen, nuevas oportunidades laborales y el acceso a una mejor calidad de vida. Todos estos posibles beneficios dependerán de cómo se realice la migración y el éxito que se tenga en el país de llegada. Por su parte, las desventajas para los migrantes dicen relación con la llegada a un lugar nuevo, el desconocimiento del idioma, la cultura y las normas, la inestabilidad laboral, los abusos a los que pueden ser sometidos las personas migrantes debido a la situación de necesidad en la que se encuentran y, por supuesto, la discriminación y el racismo por parte de las personas locales. Ahora, analizando las consecuencias negativas, pero desde el punto de vista de los Estados, podemos encontrar la fuga de capital humano que sufren los países y también la fuga de “cerebros” cuando la población que emigra es aquella que tiene un alto nivel educativo.

La migración no está reconocida de manera explícita como un derecho en los instrumentos internacionales de protección y promoción de derechos humanos pero sí están reconocidos los derechos de libre circulación y residencia de las personas, así como también el derecho a retornar al Estado del que es nacional³. Estos

³ LIWSKI Norberto. Op. cit., p. 5.

derechos entran en clara tensión con la potestad que tienen los Estados de establecer políticas de ingreso y mecanismos de control fronterizo de personas que no sean nacionales del país, en virtud de la seguridad nacional. Entre estas facultades estatales se encuentran el control de identidad en la frontera, la prohibición de entrada al país, la detención por motivos de ingreso ilegal y la expulsión.

Actualmente, en virtud de la exigencia de la comunidad internacional de respeto y protección a los derechos humanos, estas facultades estatales de control se han visto limitadas. Se ha señalado que “el grado de libertad con el que se ejercen las potestades de control migratorio ha sido progresivamente restringido durante el siglo XX, pasando de la más absoluta libertad, a la obligación del ejercicio individualizado del control migratorio, su motivación y la observancia de límites ligados al respeto de los derechos del extranjero”⁴. Respecto a esta tensión que existe entre la potestad estatal de control y los derechos humanos de los cuales todo individuo es titular, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Corte IDH) ha señalado que “los Estados pueden establecer mecanismos de control de ingreso a su territorio y salida de él con respecto a personas que no sean nacionales suyas, siempre que dichas políticas sean

⁴ DOMÍNGUEZ Cecilia. 2016. Derecho chileno migratorio a la luz del derecho migratorio internacional: ¿ceden los derechos humanos mínimos de los extranjeros ante las prerrogativas soberanas de control migratorio. Revista Chilena de Derecho, vol. 43 N° 1, Santiago, Chile. p. 190.

compatibles con las normas de protección de los derechos humanos establecidas en la Convención Americana”⁵.

Al ser tan diversas las causas y la realidad de las personas que migran, no es fácil para los países enfrentar el tema de la migración. Lo importante es reconocer esta situación como una realidad permanente de nuestro tiempo y el deber de los Estados de hacerse cargo de ella.

Sin embargo, en consideración a los últimos eventos ocurridos en el mundo en cuanto a migración y refugiados, es posible señalar que para los Estados este fenómeno puede resumirse en lo siguiente “tanto para los gobiernos como para la ciudadanía el fenómeno es considerado y conceptualizado como un problema, ya sea fuente de problemas sociales, económicos, políticos como culturales”⁶. El conflicto surge cuando la política de control y seguridad nacional llegan a un punto de agresividad y restricción que se hace imposible conciliarlas con un enfoque de derechos humanos que considere las necesidades y situación especial que viven las personas migrantes.

No se debe olvidar que, tal como señaló el ex Secretario General de la ONU, Kofi Annan, durante la presentación del Informe sobre Migración y Desarrollo ante la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, el 6 de junio de

⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinión Consultiva N° 21, de 19 de agosto de 2014. Derechos y Garantías de Niñas y Niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. párr. 39.

⁶ JENSEN María Florencia. 2009. Inmigrantes en Chile: La exclusión vista desde la Política migratoria chilena. En: BOLOGNA (organizador), Eduardo. Temáticas migratorias actuales en América Latina: remesas, políticas y emigración. Brasil. Asociación Latinoamericana de Población. p. 112.

2006, “La migración internacional, si está respaldada por políticas idóneas, puede y debe ser muy beneficiosa para el desarrollo tanto de los países de origen como de los países a los que llega. Sin embargo, estos beneficios están condicionados al respeto y la defensa de los derechos de los migrantes”⁷.

2. Niños, niñas y adolescentes ante la migración

También para los niños, niñas y adolescentes (en adelante NNA) la migración trae consigo esperanzas de una mejor calidad de vida, y a la vez, dificultades por tener que enfrentarse a lo desconocido. La decisión de migrar a un nuevo lugar afecta a todo el grupo familiar, ya sea que migre todo él a un nuevo destino o si sólo se van algunos de sus miembros y el resto se queda en el país de origen, como sucede cuando es el padre o la madre quien se va en busca de trabajo y los hijos se quedan al cuidado del otro progenitor o de otro miembro de la familia⁸. Además, se debe

⁷ PALACIOS Jorge. 2010. Los Derechos Humanos de los trabajadores migratorios y sus familias. [en línea] OEA XXXVI Curso de Derecho Internacional. p. 427. http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/publicaciones_digital_xxxvi_curso_derecho_internacional_2009_jorge_palacios_trevino.pdf [consulta: 12 de junio 2016].

⁸ Respecto a los motivos de la migración de niños y adolescentes la Opinión Consultiva N° 21/14 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que: Las niñas y los niños se movilizan internacionalmente por muy variadas razones: en busca de oportunidades, ya sea por consideraciones económicas o educacionales; con fines de reunificación familiar, a fin de reagruparse con familiares que ya migraron; por cambios repentinos o progresivos del medio ambiente que afectan adversamente su vida o sus condiciones de vida; por afectaciones derivadas del crimen organizado, desastres naturales, abuso familiar o extrema pobreza; para ser transportados en el contexto de una situación de explotación, incluida la trata infantil; para huir de su país, ya sea por temor fundado a ser perseguidos por determinados motivos o porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan

tener en cuenta la afectación que les puede producir este cambio en sus vidas, sobretodo porque los NNA son los menos escuchados y su opinión no siempre es considerada al momento en que los adultos toman la decisión de migrar.

A lo anterior debe agregarse la poca claridad que se tiene del número de NNA migrantes que existen, pues las cifras oficiales muchas veces no consideran a los niños que se mantienen en el país de origen y cuyos padres han migrado, a los niños que ingresaron de manera irregular a otro país, ni tampoco a los niños que nacen en el país de destino en el que se establecieron sus padres⁹.

Los NNA, por su edad, estado de desarrollo y crecimiento, se encuentran en una situación de mayor inestabilidad y dependencia, por tanto, merecen una protección y cuidado especial por parte de los Estados y de los adultos. Así lo ha señalado la Convención Sobre los Derechos del Niño (en adelante CDN), instrumento normativo internacional de derechos humanos ratificado por casi todos los países del mundo, el cual indica en su Preámbulo que “el niño por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales” y luego establece que en todos los países del mundo hay niños que viven en condiciones excepcionalmente difíciles y que esos niños necesitan especial consideración”¹⁰. Teniendo presente lo anterior

perturbado gravemente el orden público. 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 compañía.

⁹ UNICEF. 2010. Infancia y migración internacional en América Latina y el Caribe. [en línea] Desafíos, Boletín de la infancia y adolescencia sobre el avance de los objetivos de desarrollo del milenio. N° 11. p. 6. http://www.unicef.cl/web/wp-content/uploads/doc_wp/2010-900-Boletin%20Desafios%2011-WEB.pdf [consulta: 20 de junio 2016].

¹⁰ Convención Sobre los Derechos del Niño – UNICEF, Nueva York, 20 de noviembre 1989. Preámbulo.

es posible afirmar que una de las situaciones que aumentan la vulnerabilidad de los niños es la condición de migrantes¹¹.

Antes de continuar con el análisis respecto a cómo afecta e influye en la vida de los NNA el fenómeno migratorio, es importante señalar que la protección a la infancia migrante comienza por la obligación que tienen los Estados de hacer efectivo y permitir el ejercicio de los derechos y garantías establecidos por la CDN a toda persona menor de dieciocho años. Así, los países tienen el deber de proteger a este sujeto de derechos tanto por ser niño como por ser migrante, pero siempre debe primar su condición de niño. En concordancia con lo anterior, Nicolás Espejo y Andrea Balart señalan “se trata, en otras palabras, de generar un marco de protección en el que ser niño prime sobre el hecho de ser migrante, generando una regulación migratoria acorde a este principio fundamental”¹², y añaden que “la debida protección y garantía de los derechos de los niños/as migrantes requiere de reformas legales e institucionales que exceden los campos estrictamente migratorios”¹³. Por su parte, Sonia Lahoz ha afirmado, respecto a la tensión entre las políticas de seguridad nacional de los Estados receptores y la protección de los derechos de los niños y niñas migrantes que “el punto de partida es el reconocimiento de que NNA sujetos a políticas migratorias son, en primer lugar,

¹¹ INSTITUTO DE DEMOCRACIA Y DERECHOS HUMANOS PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ. 2012. Amicus Curiae sobre la solicitud de opinión consultiva N° 21: Derechos de los/as niños/as migrantes. [en línea] p. 2 <http://www.corteidh.or.cr/sitios/Observaciones/31/31.pdf> p. 2. [consulta: 22 de junio 2016].

¹² ESPEJO Nicolás y BALART Andrea. 2012. Los Derechos de los niños migrantes: desafíos para la legislación migratoria chilena. En: ACNUR, OIM y UNICEF. Los derechos de los niños, niñas y adolescentes migrantes, refugiados y víctimas de trata internacional en Chile. Avances y desafíos. Santiago, Chile. p. 15.

¹³ *Ibíd.*, p. 10.

niños, niñas y adolescentes, y en segundo lugar, migrantes”¹⁴. Lo anterior significa en la práctica que “situaciones que en caso de un adulto se resolverían por la aplicación irrestricta de las regulaciones migratorias, en caso de NNA son llamadas a ser observadas con mayor detención, privilegiando siempre, el bienestar de NNA involucrados”¹⁵.

Una vez aclarado que la protección de los NNA migrantes, va más allá del establecimiento de leyes, reglas y políticas públicas dirigidas a orientar el fenómeno migratorio y que es necesario que cada Estado establezca normas de protección específica a los derechos de la infancia, basadas en los lineamientos dicta la CDN a los países, es el momento de determinar quién es el sujeto de protección que se está estudiando, esto es quién es un niño migrante.

De acuerdo a la CDN un “niño”, es todo ser humano menor de 18 años (sin perjuicio de que los Estados puedan establecer la mayoría de edad antes)¹⁶. Por otro lado “migrante”, de acuerdo a lo señalado por la Corte IDH en la Opinión Consultiva N° 18 sobre la Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, es aquella persona que deja o que llega a otro Estado con el propósito de residir en

¹⁴ LAHOZ Sonia. 2012. De la necesidad de resguardar los derechos de niños, niñas y adolescentes implicados en procesos migratorios y los de sus familias” En: ACNUR, OIM y UNICEF. Los derechos de los niños, niñas y adolescentes migrantes, refugiados y víctimas de trata internacional en Chile. Avances y desafíos. Santiago, Chile p. 116.

¹⁵ LOVERA Domingo. 2015. Igualdad y no discriminación de niños, niñas y adolescentes: necesidad de un sistema de garantías reforzadas. [en línea] UNICEF. Serie Los derechos de los niños, una orientación y un límite, N° 3. Santiago, Chile. p. 30 <http://unicef.cl/web/wp-content/uploads/2015/06/3-Garantias-reforzadas-31.pdf> [consulta: 15 de junio 2016].

¹⁶ Convención Sobre los Derechos del Niño – UNICEF, Nueva York, 20 de noviembre 1989. Artículo 1.

él¹⁷. De este modo un niño migrante ha sido definido como “toda persona menor de 18 años que se encuentra fuera del Estado del cual es nacional con la intención o necesidad de residir allí o en otro Estado al cual se dirige”¹⁸.

Si bien la definición que entrega la Corte IDH parece completa, deja fuera a aquellos NNA que no han abandonado aún su país de origen pero que están prontos a hacerlo, o que se mantienen en el país de origen en circunstancias de que sus padres o uno de ellos han partido. La Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familiares (en adelante CTM), se hace cargo de aquellos NNA y realiza una interpretación más amplia del concepto de migración, estableciendo en el artículo 1.2 lo siguiente: “La presente Convención será aplicable durante todo el proceso de migración de los trabajadores migratorios y sus familiares, que comprende la preparación para la migración, la partida, el tránsito y todo el periodo de estancia y de ejercicio de una actividad remunerada en el Estado de empleo, así como el regreso al Estado de origen o al Estado de residencia habitual”¹⁹. De este modo, da cabida, dentro de los sujetos de protección, a aquellas personas, en este caso NNA, que no han dejado su país de origen pero que esperan hacerlo en un futuro cercano.

¹⁷ INSTITUTO DE DEMOCRACIA Y DERECHOS HUMANOS PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ. Op. cit., p. 3.

¹⁸ INSTITUTO DE DEMOCRACIA Y DERECHOS HUMANOS PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ. Op. cit., p. 3.

¹⁹ Convención Internacional sobre la protección de los Derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares – ONU: Asamblea General, Nueva York, 18 de diciembre de 1990. Artículo 1.2

Ser niño, y a la vez ser migrante, implica que se tendrá una doble protección y, por tanto, se será titular de ciertos derechos y garantías específicas destinadas a salvaguardar a este grupo de personas. La razón que justifica esta doble protección es que los NNA migrantes podrán ver más fácilmente vulnerados sus derechos, debido a la exposición constante a situaciones de discriminación, xenofobia, agresión, desigualdad de trato e impedimento al acceso a derechos y servicios básicos, entre otros.

Como se ha señalado, las consecuencias de la migración son variadas y afectan de distinta forma a los sujetos que se enfrentan a ella. En general, la opinión de los niños respecto a la decisión de migrar a otro país no se toma en consideración, puesto que sería una decisión de los adultos²⁰. Sin embargo, los efectos del proceso migratorio también afectan e influyen fuertemente en la vida de los niños. Por un lado, los beneficios que trae la migración para los niños dicen relación con una posible mejor calidad de vida, acceso a educación, mayor estabilidad económica familiar, pero estas consecuencias positivas se pueden ver mermadas ya sea por falta de una normativa legal que los proteja o por experiencias de discriminación en el país de destino²¹.

²⁰ Al respecto Rosario Fernández ha indicado que los estudios sobre la migración hasta la década de los setenta estuvieron enfocados principalmente en la migración masculina. Luego, en la década de los ochenta, las académicas feministas posicionaron a la mujer en la discusión y recién en la última década se ha estudiado la migración infantil. FERNÁNDEZ Rosario. 2012. Una mirada a los derechos de los niños, niñas y adolescentes inmigrantes en Chile. Avances y desafíos pendientes. En: ACNUR, OIM y UNICEF. Los derechos de los niños, niñas y adolescentes migrantes, refugiados y víctimas de trata internacional en Chile. Avances y desafíos. Santiago, Chile. p. 248.

²¹ FERNÁNDEZ Rosario. 2012. Una mirada a los derechos de los niños, niñas y adolescentes inmigrantes en Chile. Avances y desafíos pendientes. En: ACNUR, OIM y UNICEF. Los derechos de los niños, niñas y adolescentes migrantes, refugiados y víctimas de trata internacional en Chile. Avances y desafíos. Santiago, Chile. p. 249.

La discriminación que sufren estos niños por pertenecer a otro lugar o a otra raza es un factor negativo que afecta el proceso migratorio y su vida en general. Este trato desigual viene dado muchas veces por las personas que son nacionales del país de llegada, pero también por parte del aparato estatal, como ocurre cuando se producen distinciones legales respecto al estatus migratorio de regular o irregular, lo que determinará la posibilidad de acceder a ciertos derechos tan básicos como la nacionalidad y la inscripción al momento de nacer y dificultará el ejercicio de otros derechos consagrados en la CDN. “Un efecto de la discriminación es la imposibilidad de niños, niñas y adolescentes de acceder a los derechos económicos, sociales y culturales. La diferenciación de los niños en migrantes o no migrantes, o dentro de esta categoría, en subcategorías como regularizado o no regularizado, trae aparejada la vulneración de derechos humanos básicos”²².

Otra consecuencia negativa de la migración para los niños será la aceleración de la adultez “lo cual implica que muchos niños acaban integrándose tempranamente al mercado laboral y asumiendo tareas de cuidado de hermanos menores u otros familiares”²³.

Desde una perspectiva de derechos humanos, y considerando lo que señala la CDN, es posible afirmar, entonces, que independiente las características especiales del niño, en este caso su situación migratoria, éste tiene el derecho a crecer y desarrollarse en un ambiente de amor y comprensión, lo cual no es factible si no se le proporcionan las herramientas para que pueda ejercer sus derechos, algunos tan

²² SERRA María Laura. Op. cit., p. 230.

²³ FERNÁNDEZ Rosario. Op. cit., p. 249.

esenciales como la nacionalidad y nombre, “básicamente, todos los derechos de los niños, niñas y adolescentes son derechos de los NNA migrantes. De ello se desprende que estos últimos disfrutan de la misma protección que los niños, niñas y adolescentes nacionales en el país de destino”²⁴.

El problema está en la difícil materialización y reconocimiento formal de estos derechos humanos que, a pesar de tener el carácter de universal, ven mermado su efectivo ejercicio por parte de las personas dentro de los Estados, pues siguen primando criterios diferenciadores. “En un primer acercamiento podríamos decir que las migraciones inciden directamente en la vulneración de los derechos humanos de ellos y ellas si las mismas repercuten negativamente en la concreción de sus proyectos de vida”²⁵.

2.1 Niños, niñas y adolescentes y tipos de migración

El cómo afecte la migración a los niños va a depender de múltiples factores, tales como la edad, personalidad, situación económica y, especialmente, las condiciones en las que se realice la migración. Si bien el grupo comprendido por aquellos niños migrantes es amplio y heterogéneo, la doctrina ha establecido tres situaciones en las cuales se puede encontrar un niño en el contexto de una migración, la cual permitirá determinar cómo se realizó el proceso de migración y orientará a los

²⁴ LAHOZ Sonia. Op. cit., p. 92.

²⁵ LIWSKI Norberto. Op. cit., p. 4.

Estados sobre qué medidas deben tomarse para garantizar la protección de sus derechos. Estas son: (i) NNA que migran junto a su familia, (ii) NNA que permanecen en el país de origen cuando sus padres migran y (iii) NNA que migran solos o niños no acompañados.

A continuación se analizarán estas tres situaciones, en las que un niño migrante puede estar, sin antes dejar de considerar lo señalado por Lahoz respecto al proceso migratorio de los niños “si bien la migración puede mejorar las posibilidades y opciones que NNA tengan en el futuro, muchas de las formas de migración mencionadas, así como el trato que reciben durante el proceso migratorio, o en las condiciones que quedaron en origen, pueden significar graves amenazas a su desarrollo psicosocial y al disfrute de sus derechos”²⁶.

i. Niños, niñas y adolescentes que migran junto a su familia

Aunque por regla general se asume que los niños que migran junto a sus padres se encuentran en una mejor situación que otros, no puede dejar de considerarse aquellas situaciones que los pueden poner en peligro, tales como la recepción que encuentran en el país al que migran o si fueron separados de sus padres durante el viaje, el proceso del viaje, si ingresaron de manera regular al Estado o si debieron entrar escondidos. Además, la adaptación al lugar, el idioma y las situaciones de discriminación también pueden afectar esta transición. También se han dado casos en que los estos niños comienzan a trabajar desde temprana edad en el país de

²⁶ LAHOZ Sonia. Op. cit., p. 91.

llegada con el fin de aportar en el hogar, donde la inestabilidad laboral y económica mantiene a las familias en situaciones de precariedad.

ii. Niños, niñas y adolescentes que permanecen en el país de origen

En este caso, es posible que uno de los padres o ambos partan dejando a sus hijos en el país de origen, alterando la responsabilidad parental y el cuidado personal de los niños, quienes en general se quedan con alguno de los progenitores o a cargo de otro miembro de la familia. “Debemos considerar que la afectación de la familia y fundamentalmente la desintegración de la misma debido al proceso migratorio, perjudica el cumplimiento adecuado de los roles parentales, alterando directamente el desarrollo humano de las niñas y los niños. Sobre todo en los procesos evolutivos en el que el relacionamiento parental directo es muy necesario”²⁷.

Otro proceso que se debe destacar como una situación que afecta la vida y los derechos de los NNA que permanecen en el país de origen, es el fenómeno conocido como la “feminización de la migración”, entendido como el proceso migratorio familiar encabezado por las mujeres (la mujer emigra sola o antes que el resto de la familia), el cual ha tomado una mayor relevancia estos últimos años en nuestro país, lo que se explica, de acuerdo con Stefoni, por la estructura del mercado laboral y el paulatino ingreso de la mujer a éste, generándose un nicho en el servicio doméstico, “El proceso de feminización que experimentan ciertos flujos migratorios coincide con el aumento en la incorporación de la mujer chilena al

²⁷ LIWSKI Norberto. Op. cit., p. 5.

mercado de trabajo, generando con ello una demanda por cuidadoras y trabajadoras domésticas”²⁸. Esta situación, además, genera que, al ser la madre, históricamente y por regla general la persona que se encuentra al cuidado de los niños, otros miembros de la familia y del hogar, que muchas veces los hijos mayores asuman el cuidado del resto de la familia y la organización de la casa, produciéndose problemas como la desescolarización y el trabajo infantil.

La migración de los padres provoca un gran impacto en la vida de los niños que se quedan en el país de origen. La pérdida de referentes afectivos, la sensación de abandono y la desprotección que genera la separación de la familia es una constante en aquellos grupos donde alguno de sus miembros debe migrar a otro país y los niños se quedan en su país de origen.

Además, debe agregarse que, por regla general, las políticas públicas de los países no van dirigidas a este grupo de niños en particular, a pesar de la situación de desprotección en la que quedan: “NNA que quedaron en el país de origen son a menudo ignorados en las políticas gubernamentales, ya que se consideran más privilegiados que lo NNA que no tienen posibilidad de recibir remesas”²⁹. El tema de las remesas y los nuevos ingresos recibidos por la familia que se queda en el país de origen, proveniente del familiar que migró, si bien es una de las ventajas de la migración, en ningún caso soluciona todos los conflictos que han surgido por su partida ni alivia el proceso de separación ni la desintegración familiar.

²⁸ STEFONI Carolina. 2011. Perfil migratorio de Chile. [en línea] Organización Internacional para las Migraciones. Buenos Aires, Argentina. p. 33 http://priem.cl/wp-content/uploads/2015/04/Stefoni_Perfil-Migratorio-de-Chile.pdf [consulta: 12 de junio 2016].

²⁹ LAHOZ Sonia. Op. cit., p. 113.

iii. Niños, niñas y adolescentes no acompañados o separados de su familia

De acuerdo con la Observación General N°6 del Comité de los Derechos del Niño, referida específicamente a los NNA no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, se entiende por niños no acompañados a “los menores que están separados de ambos padres y otros parientes y no están al cuidado de un adulto al que, por ley o costumbre, incumbe esa responsabilidad”³⁰. Así mismo, la Observación General indica que “se entiende por niños separados, en el sentido del artículo 1 de la Convención, los menores separados de ambos padres o de sus tutores legales o habituales, pero no necesariamente de otros parientes”³¹.

En Europa, donde el fenómeno del ingreso de NNA no acompañados ha ido en aumento, este tema ha sido analizado y que preocupa a los Estados, pues reconocen que el hecho de no estar acompañados y la edad de estas personas, los convierte en un grupo vulnerable y que, por tanto, requieren de protección internacional. Se ha indicado que “la noción de menor no acompañado refiere a aquellas personas menores de dieciocho años procedentes de terceros países sin compañía de sus padres o de adultos que ejerzan tutela sobre ellos”³².

La situación de los niños no acompañados, a juicio de la doctrina y la jurisprudencia, es la más grave y, por tanto, los Estados tienen un deber mayor al momento de

³⁰ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. 2005. Observación general N° 6 Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen. párr. 7.

³¹ *Ibíd.*, párr. 8.

³² ARRIOLA Maite y VIDAL José Ignacio. 2013. Todo por el interés superior del menor, pero sin el menor. Preocupaciones de Amnistía Internacional respecto a los menores ante el futuro reglamento de asilo. *En*: CLARO Irene y LÁZARO Isabel (coord.) Infancia y protección internacional en Europa. Niños y niñas refugiados y beneficiarios de protección subsidiaria. España. Editorial Tecnos. P. 180.

hacerse cargo de esta situación; “una primera medida fundamental de los Estados receptores para la protección de los derechos humanos de los niños migrantes no acompañados, es tomar todas las disposiciones necesarias para identificarlos como tales lo antes posible”³³.

Variadas razones pueden existir por las cuales un niño esté en situación de no acompañado y ninguna es más alentadora que otra. Entre ellas se encuentran la búsqueda de su familia, el abandono, la necesidad de escapar de conflictos armados, pobreza estructural, explotación laboral o sexual, entre muchas otras³⁴. Además, es necesario considerar los riesgos por los que pasan los NNA no acompañados durante su viaje, quienes se exponen a tráfico de personas, explotación sexual y otras vulneraciones graves.

La Corte IDH ha señalado en su Opinión Consultiva N° 21 sobre derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración que “las niñas o niños no acompañados o separados de su familia que se encuentran fuera de su país de origen son particularmente vulnerables a la trata infantil, a la explotación y los malos tratos. La Corte reconoce que las niñas pueden ser aún más vulnerables a ser víctimas de trata, en especial para la explotación sexual y laboral”³⁵.

³³ LIWSKI Norberto. Op. cit., p. 7.

³⁴ El Comité de los Derechos del niño, en su Observación General N° 6 sobre el trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen señala en su párrafo 2° algunas razones por las cuales los niños pueden viajar solos. Estas son la persecución del menor o de sus padres, un conflicto internacional o una guerra civil, la trata en diversos contextos y manifestaciones, sin olvidar la venta por los padres y la búsqueda de mejores oportunidades económicas.

³⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinión Consultiva N° 21, de 19 de agosto de 2014. Derechos y Garantías de Niñas y Niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. párr. 91.

2.2 Niños, niñas y adolescentes y estatus migratorio

Además de la clasificación anterior, otra forma de diferenciación y discriminación que reciben los NNA migrantes es aquella que los clasifica entre migrantes regulares e irregulares, lo que implica que su estatus migratorio determinará su acceso a ciertos derechos y garantías. En la peor de las situaciones, su condición de migrante irregular o la situación de irregularidad de sus padres los puede convertir en niños apátridas, esto es, “toda persona que no sea considerada como nacional suyo por ningún Estado, conforme a su legislación”³⁶. De acuerdo a lo señalado por la Corte IDH en la Opinión Consultiva N° 21, sobre derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional, la condición de apátrida puede generarse por variadas razones y ocasiona una condición de extrema vulnerabilidad.

El estatus migratorio irregular viene dado por diversos motivos, tal como es el ingreso por pasos no habilitados al país de llegada, o el vencimiento de la visa de turismo o temporal. También los hijos de padres migrantes que se encuentran en situación irregular, que nacen en el país de destino, muchas veces adquieren el estatus migratorio de irregular, a pesar de que, en general, los países aceptan el principio de *ius soli*. Esto se refiere a que los nacidos en ese Estado adquieren esa nacionalidad, considerando ciertas excepciones, como los extranjeros transeúntes; en el caso de Chile, los extranjeros que se encuentran en situación migratoria

³⁶ *Ibíd.*, párr. 94.

irregular, por mucho tiempo fueron considerados como extranjeros transeúntes por los organismos administrativos y, por tanto, sus hijos, a pesar de haber nacido en el país, no han sido inscritos como chilenos en el Servicio Nacional de Registro Civil, lo que resulta problemático y vulneratorio para estos niños.

La Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, adoptada por la Asamblea General de las naciones Unidas, en su resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990, en su Preámbulo, advierte que los problemas que trae la migración son aún más graves en el caso de la migración irregular. Se habla de migración irregular y no ilegal, puesto que así está estipulado en este Tratado y la comunidad internacional está de acuerdo en señalar que este término no estigmatiza ni criminaliza. “Hay que recordar que desde 1999, en el Simposio Internacional sobre Migración celebrado en Bangkok, se recomendó el uso del término irregular para abarcar el hecho de que las irregularidades en la migración pueden surgir en varios puntos – salida, tránsito, entrada y regreso- y pueden ser cometidas en contra del migrante o por el migrante”³⁷. Por otra parte, se ha señalado que “la utilización del adjetivo ilegal sirve de fundamento para que los Estados apliquen normas penales o de carácter sancionatorio a las personas migrantes o sujetas a protección internacional cuya situación migratoria es irregular (...) Sin embargo, la legalidad o ilegalidad no son

³⁷ ORTEGA Elisa. 2014. Los niños migrantes irregulares y sus derechos humanos en la práctica europea y americana: entre el control y la protección. [en línea] En: UNAM. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XLVIII, núm. 142, enero-abril de 2015. p. 190 <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/4919/6270> [consulta: 14 de junio 2016].

atributos inherentes a las personas, sino a sus actos”³⁸. La criminalización de la migración se expresa en una legislación que privilegia las leyes penales y sanciones administrativas, por sobre una protección de los derechos de aquellas personas migrantes que no tienen regularizada su situación migratoria en el país de llegada.

Lo perverso de esta situación y este tipo de calificación es que aquellos NNA que se encuentran en situación migratoria irregular ven vulnerados muchos de sus derechos sociales y políticos y no pueden acceder a servicios básicos proporcionados por el Estado, tales como salud o educación. Se ha señalado que estos niños son triplemente vulnerables “como niños, como migrantes y como personas en situación irregular”³⁹. Además, las cifras de los niños migrantes en situación irregular no son claras, puesto que generalmente se encuentran invisibilizados y no están considerados dentro de los registros oficiales de los Estados. “La criminalización de su condición migratoria y la de sus familiares hace que vivan en la invisibilidad y no hagan valer sus derechos humanos más básicos por el miedo constante de ser detectados y, en consecuencia, deportados”⁴⁰.

³⁸ CUMBRE JUDICIAL IBEROAMERICANA. 2014. Protocolo Iberoamericano de actuación judicial para mejorar el acceso a la justicia. Apartado personas migrantes. [en línea] p. 166. <http://servicios.pjud.cl/DAI/pdf/publicaciones/migrantes.pdf>

³⁹ ORTEGA Elisa. Op. cit., p. 193.

⁴⁰ ORTEGA Elisa. Op. cit., p. 199.

3. Marco normativo internacional sobre la protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes migrantes

La comunidad internacional, en forma de respuesta a esta situación y con la finalidad de otorgar protección a los grupos de personas que se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad, tal como es el caso de los NNA migrantes y sus familias, -los que muchas veces se encuentran con barreras como el idioma, el trato de las autoridades fronterizas, la falta de recursos económicos, entre otros-, ha establecido una serie de normativas, observaciones y opiniones para orientar a los Estados respecto de su actuar en estos contextos y sobre el trato que deben otorgar a estas personas para no vulnerar sus derechos humanos. Tal como señalan Nicolás Espejo y Andrea Balart, la comunidad internacional “ha avanzado sistemáticamente hacia la construcción de estándares legales reforzados de protección para los derechos de éstos últimos (niños migrantes)”⁴¹. Si bien en el sistema interamericano de protección de derechos humanos no existe un tratado o convención dirigido específicamente a los derechos de los NNA migrantes, esta protección especial puede extraerse del artículo 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos, el cual señala que todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado, y además de una serie de tratados que se refiere a los derechos de este grupo de personas.

⁴¹ ESPEJO Nicolás y BALART Andrea. Op. cit., p. 12.

El marco normativo internacional que considera de manera más específica la protección de los NNA migrantes, tiene como base dos tratados de derechos humanos. Estos corresponden a: la Convención Sobre los Derechos del Niño y la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares. Ambos instrumentos constituyen la base del sistema sobre el cual se deben cimentar las políticas públicas, la legislación nacional y la actuación de las autoridades administrativas respecto de los niños migrantes. “De dicho marco global de protección se deriva la necesidad imperiosa de que, al momento de diseñar, implementar y supervisar sus políticas y legislaciones migratorias los Estados tengan especial consideración a las necesidades de protección de derechos de todos los migrantes, y de los niños y niñas migrantes en particular”⁴².

Respecto a la CDN y en lo que dice relación con su historia, se puede señalar que luego de diez años de trabajos preliminares y debates respecto a su alcance y contenido, en el año 1989 se aprobó por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el principal instrumento de derechos humanos específico para la infancia correspondiente a la Convención Internacional de los Derechos del Niño. La CDN es, además, el tratado de derechos humanos con mayor ratificación entre los países. Si bien no es el único instrumento internacional referido a la protección de la infancia, es considerado como el más importante. Entre las razones de la generalizada aceptación y ratificación de este Tratado se encuentra la afirmación referida a que los niños necesitan una protección reforzada de sus derechos. Uno

⁴² ESPEJO Nicolás y BALART Andrea. Op. cit., p. 14.

de los principales aportes de este Tratado, es que viene a constituir una nueva concepción del niño y su relación con la sociedad y con el Estado. La Convención define al niño según sus atributos y sus derechos, y no por lo que les falta para ser adultos o lo que impide su desarrollo.

De acuerdo a lo establecido en el artículo 2° de la CDN, los Estados tienen el deber de respetar y asegurar los derechos que ahí se enuncian a todo niño sujeto a su jurisdicción, sin poder realizar distinción alguna, independiente de su raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, su origen nacional, étnico o social, su posición económica, impedimento físico, nacimiento o cualquier otra condición del niño, sus padres o sus representantes legales. Señala, además, que los Estados parte tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, tutores o familiares.

Como se puede observar de la norma anterior, los Estados Parte tienen el deber de asegurar la plena efectividad de los derechos de los niños, consagrados en el propio tratado como en otros instrumentos legales. Además, este deber de protección va dirigido a todos los niños que se encuentran bajo la jurisdicción del Estado, por lo que su condición de migrante o su situación migratoria irregular no debiese mermar tal protección. Se ha señalado por la doctrina que “al ratificar la Convención, los Estados partes asumen la obligación de respetar todos los derechos enunciados en la Convención para cada niño sujeto a su jurisdicción; y de hacerlo sin distinción

alguna”⁴³. Este deber implica no sólo que el Estado no discrimine, sino que realice acciones positivas y concretas para evitar la vulneración de los derechos de los niños.

Además de una serie de derechos y garantías establecidas en favor de los niños, tales como el derecho a la educación, salud, esparcimiento, a ser cuidados por los padres, libertad de opinión, entre otros, es posible encontrar en la CDN determinados derechos y garantías establecidas que adquieren una mayor importancia respecto de aquellos NNA en condición de migrantes.

En primer lugar, el principio del interés superior del niño establecido en el artículo 3° de la CDN interpela al Estado a que cualquier decisión que se tome respecto del niño debe considerar lo que es mejor para él, lo que implica que “los Estados deben tomar aquellas medidas que aseguren la máxima satisfacción de los derechos que sea posible y la menor restricción de los mismos, no solo en cuanto al número sino también respecto de su importancia”⁴⁴.

Por su parte, los artículos 7° y 8° establecen el derecho a que los niños tengan desde su nacimiento derecho a tener un nombre, nacionalidad y a conservar sus relaciones familiares y mandata al Estado a respetar tales derechos y velar por la aplicación de los mismos, poniendo especial énfasis en aquellos casos que la falta de estos derechos convierta al niño en apátrida.

⁴³ SANTOS Marta. 2013. Infancia y protección internacional. En: CLARO Irene y LÁZARO Isabel (coord.) Infancia y protección internacional en Europa. Niños y niñas refugiados y beneficiarios de protección subsidiaria. España. Editorial Tecnos. p. 33.

⁴⁴ LIWSKI, Norberto. Op. cit., p. 2.

El artículo 9° señala que los Estados deben velar por que los niños no sean separados de sus padres contra la voluntad de éstos, mientras que el artículo 10° promueve la reunificación familiar señalando que toda solicitud hecha por un niño o por sus padres para entrar en un Estado Parte o para salir de él a los efectos de la reunión de la familia será atendida por los Estados de manera positiva, humanitaria y expedita.

El artículo 11 hace referencia a la adopción de medidas por parte de los Estados contra los traslados ilícitos de niños al extranjero y su retención ilícita.

El artículo 22 de la CDN hace mención al deber del Estado de tomar aquellas medidas necesarias para permitir a que aquellos niños que lo soliciten obtengan el estatuto de refugiados.

Mientras que el artículo 35 señala que los Estados tienen el deber de tomar todas aquellas medidas necesarias para impedir el secuestro, la venta o trata de niños, situación que se da más fácilmente cuando los niños viajan solos o de manera irregular.

Por último, el artículo 37 establece el derecho de los niños a no ser privados de su libertad de manera ilegal o arbitraria, a tener asistencia jurídica y un debido proceso, cuestión de especial relevancia respecto de los NNA migrantes que se encuentran en situación irregular, los que pueden verse sometidos a procesos judiciales por parte del Estado receptor a causa de su estatus migratorio.

Por otra parte, y en un sucinto análisis de la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares,

es posible señalar que ésta fue adoptada en Nueva York el 18 de diciembre de 1990, y entró en vigencia recién el año 2003 cuando fue ratificada por 20 países. La mayoría de los Estados que la han ratificado corresponde a los países emisores de migrantes, así mismo los grandes ausentes de la ratificación del tratado son los países receptores de importantes flujos de inmigrantes⁴⁵. “La Convención es el fruto de más de 30 años de debates basados en estudios de las Naciones Unidas sobre los derechos humanos, conclusiones y recomendaciones de numerosas reuniones de expertos, y reuniones y resoluciones de las Naciones Unidas sobre los trabajadores migratorios”⁴⁶. También se ha señalado que “se trata de un importante instrumento que tiene como objetivo proteger los derechos humanos y la dignidad de las personas que emigran por motivos económicos o laborales en todo el mundo”⁴⁷.

El objetivo de la Convención es establecer las normas mínimas que los Estados Parte deben aplicar a los trabajadores migratorios y a sus familiares, independiente de su condición migratoria. En su Preámbulo, la CTM establece la magnitud e importancia del fenómeno de la migración, que abarca a millones de personas y afecta a un gran número de Estados. Y previene sobre la situación de vulnerabilidad

⁴⁵ CORTÉS José Manuel. 2004. Inmigración y derecho a la reunificación familiar en la Unión Europea: ¿Mínimo común denominador de las políticas nacionales? [en línea] [Anuario de Derecho europeo - 2005 - Nº 4](http://institucional.us.es/revistas/derecho/4/art_2.pdf) [16]. p. 30. http://institucional.us.es/revistas/derecho/4/art_2.pdf [consulta: 30 de junio 2016].

⁴⁶ OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS. La Convención Internacional sobre los Trabajadores Migratorios y su Comité. [en línea] Folleto Informativo Nº 24 (Rev. 1) p. 1 <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet24Rev.1sp.pdf> [consulta: 30 de junio 2016].

⁴⁷ CORTÉS José Manuel. Op. cit. p. 29.

en la que se encuentran frecuentemente los trabajadores migratorios y sus familiares, afirmando que sus derechos no han sido debidamente reconocidos y que por tanto requieren una protección internacional apropiada.

En su artículo 1.2, este Tratado señala que el proceso migratorio comprende la preparación para la migración, la partida, el tránsito y todo el periodo de estancia y ejercicio de una actividad remunerada en el Estado de empleo, así como el regreso al Estado de origen o al Estado de residencia habitual. Por su parte, su artículo 8° asegura el derecho a la libre circulación de las personas hacia otros países, así como el derecho de los trabajadores migrantes y sus familiares a regresar en cualquier momento a su Estado de origen.

La importancia y el lugar que ocupa la familia en la sociedad está considerada en la CTM, la cual en el artículo 44 señala que la familia es el grupo básico, natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a protección parte de la sociedad y mandata al Estado a tomar las medidas apropiadas para asegurar la protección de la unidad de la familia.

La CTM, además, enumera determinados derechos humanos que deben ser asegurados por los Estados respecto de las personas migrantes; entre ellos, se pueden destacar el derecho a la vida (Artículo 9), no ser sometido a torturas ni tratos crueles (Artículo 10), derecho de opinión (Artículo 13), libertad y seguridad personal, no ser sometido a detenciones arbitrarias, a ser tratado humanamente (Artículo 16), igualdad de derechos que los nacionales del Estado ante los tribunales de justicia

(Artículo 18), derecho a no ser objeto de medidas de expulsión colectiva (Artículo 22), el derecho a recibir atención médica de urgencia (Artículo 28), entre otros.

Respecto a los NNA migrantes, la CTM señala en su artículo 29 que todos los hijos de trabajadores migratorios tendrán derecho a tener un nombre, al registro de su nacimiento y a tener una nacionalidad. Por su parte el artículo 30 asegura a los hijos de los trabajadores migratorios el derecho fundamental a la educación; señala, además, que esta debe entregarse en condiciones de igualdad de trato con los nacionales del Estado; y afirma que el acceso de los hijos de trabajadores migratorios a las instituciones de enseñanza preescolar o las escuelas públicas no podrá denegarse ni limitarse a causa de la situación irregular en lo que respecta a la permanencia o al empleo de cualquiera de los padres, ni del carácter irregular de la permanencia del hijo en el Estado de empleo.

En su artículo 44, el mismo que se refiere a la importancia de la familia, señala la obligación de los Estados de tomar las medidas necesarias para facilitar la reunión familiar del trabajador migratorio con su cónyuge o con quien mantenga una relación que produzca efectos equivalentes al matrimonio y también con sus hijos solteros, menores de edad que estén a su cargo, así como con otros familiares. Es importante destacar que el modelo de familia establecido en este Tratado es de carácter amplio y se extiende más allá que solo la familia matrimonial.

Existen, además, otros instrumentos internacionales que los Estados deben considerar a la hora de actuar y tomar decisiones respecto de los niños migrantes. En el sistema de Naciones Unidas encontramos la Declaración Universal de

Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, los convenios de la Organización Internacional del Trabajo sobre el trabajo infantil y las Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño, de las cuales cabe destacar la Observación General N° 6 del año 2005 referida al trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, así como también las Observaciones Generales N° 12 y N° 14, referidas al derecho de los niños a ser escuchados y que su interés superior sea una consideración primordial, en las cuales se hace una mención explícita a la situación de los NNA migrantes.

Por su parte, en el sistema interamericano podemos encontrar la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Protocolo de San Salvador y las Opiniones Consultivas de la Corte IDH, entre las que se puede destacar la Opinión Consultiva N° 18 sobre la condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados y la Opinión Consultiva N° 21 sobre los derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional⁴⁸, En éste último documento se establece que “Los Estados deben priorizar un enfoque de derechos humanos, incluyendo los derechos de los niños, por sobre consideraciones relativas a la nacionalidad o situación migratoria”⁴⁹.

⁴⁸ La Opinión Consultiva N° 21, del año 2014, fue solicitada por Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay. Estos países solicitaron a la Corte Interamericana de Derechos Humanos acerca de los procedimientos que deben adoptarse para identificar las necesidades de protección de los niños migrantes y adoptar las medidas correspondientes. Consultaron sobre cuáles eran las garantías del debido proceso que debían respetarse cuando había niños involucrados en el procedimiento migratorio, qué medidas podían adoptarse alternativas a la detención y cuándo ésta era procedente, entre otras materias.

⁴⁹ OLEA Helena. 2015. Migración (en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos). [en línea] Eunomía. Revista en cultura de la legalidad N° 9, octubre 2015 – mayo 2016. p. 257. <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/viewFile/2826/1522> [consulta: 2 de julio 2016].

En lo referente a los tratados internacionales que han sido ratificados por los Estados, es posible señalar que éstos deben respetarse y hacerse efectivos dentro de su jurisdicción nacional en virtud del principio *pacta sunt servanda*, esto es, lo pactado obliga. Así, en el caso de Chile, de acuerdo con el Artículo 5 inciso segundo de la Constitución Política, es deber de los órganos del Estado respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana garantizados por la Constitución y por los tratados internacionales ratificados por Chile. Así mismo debe señalarse que las Observaciones Generales emitidas por el Comité de los Derechos del Niño, que nacen a partir de la labor de vigilancia y monitoreo que el Comité realiza, permiten lograr una interpretación armónica de la CDN, así como también facilita y guía la aplicación de la CDN en cada Estado Parte. He ahí su importancia y su consideración entre los cuerpos normativos relevantes en la temática de la niñez migrante.

4. Principios de derechos humanos aplicables a los niños, niñas y adolescentes migrantes

De acuerdo con la normativa internacional, los Estados que reciben a NNA migrantes tienen el deber de brindarles determinadas garantías con la finalidad de resguardar sus derechos, independiente de su estatus migratorio, su situación irregular o de refugiado. “Si bien los Estados son soberanos para definir sus políticas migratorias, todos deben proteger y garantizar en forma integral los derechos de niños, niñas y adolescentes. Esto supone la obligación de prevenir, sancionar, y

castigar toda violación de derechos reconocidos, así como también restablecer el derecho conculcado”⁵⁰.

El principal problema que se evidencia en los países receptores de migrantes dice relación con dificultad en la aplicación práctica de los derechos consagrados en los instrumentos internacionales ratificados por éstos. Debido a barreras institucionales, respecto de los niños se evidencia, además, la falta de articulación de políticas migratorias y políticas de la infancia⁵¹. Frente a ello, es importante destacar determinados principios de derechos humanos que protegen a los niños y a las personas migrantes, los cuales deben regir toda acción o política estatal respecto a los niños migrantes. Estos principios, en palabras de Miguel Cillero, son “derechos que permiten ejercer otros derechos y resolver conflictos entre derechos igualmente reconocidos”⁵². Por tanto, no son sólo ideales de conducta para los Estados frente a los niños, sino que son normas exigibles y que deben aplicarse en los casos concretos.

4.1 Interés Superior del Niño

El Interés Superior del Niño, es el principio orientador del sistema de protección integral de los derechos de la infancia. Este principio, consagrado en el artículo 3

⁵⁰ LIWSKI Norberto. Op cit., p. 2.

⁵¹ LAHOZ Sonia. Op cit., p. 93

⁵² CILLERO Miguel. 1999. El interés superior del niño en el marco de la Convención internacional sobre los derechos del niño. [en línea]. En: UNICEF. Revista Justicia y Derechos del niño, N° 1. Chile. p. 54 http://www.unicef.cl/web/wp-content/uploads/doc_wp/Justicia_N_1.pdf [consulta: 3 de julio 2016].

de la CDN⁵³, debe regir y ser el fundamento de todas las actuaciones tomadas por las autoridades y por los padres que puedan afectar o influir en la vida de los NNA, independiente de cualquier condición que éstos tengan. Se ha indicado por la doctrina que el artículo 3 de la CDN “otorga al interés superior del niño un carácter fundamental, con un rol jurídico definido, que se proyecta no sólo al ordenamiento jurídico, sino también hacia las instituciones públicas y privadas de bienestar social”⁵⁴.

Este principio ha sido definido por Cillero como una obligación y una norma imperativa para las autoridades administrativas, legislativas y judiciales de los Estados. El interés superior del niño implica la satisfacción integral de sus derechos. “El contenido del principio son los propios derechos; interés y derechos, en este caso, se identifican. Todo "interés superior" pasa a estar mediado por referirse estrictamente a lo "declarado derecho"; por su parte, sólo lo que es considerado derecho puede ser "interés superior”⁵⁵.

El Comité sobre los Derechos del Niño, en su Observación General N° 14, hace hincapié en que este principio debe ser una consideración primordial respecto de las decisiones que afecten de cualquier manera a un niño, y señala que éste tiene una triple dimensión: un derecho, un principio y una norma de procedimiento⁵⁶.

⁵³ Convención Sobre los Derechos del Niño – UNICEF, Nueva York, 20 de noviembre 1989.

Artículo 3.1 En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

⁵⁴ GÓMEZ DE LA TORRE Maricruz. 2007. El sistema Filiativo chileno. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Chile. p. 41.

⁵⁵ CILLERO Miguel. Op. cit., p. 54.

⁵⁶ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. 2013. Observación general N° 14 Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial. párr. 6.

También la doctrina se ha referido a esta triple dimensión, así mismo la doctrina ha señalado que “es una garantía, ya que toda decisión que concierna al niño, debe considerar primordialmente sus derechos; es de una gran amplitud ya que no solo obliga al legislador sino también a todas las autoridades e instituciones públicas y privadas y a los padres; también es una norma de interpretación y/o de resolución de conflictos jurídicos”⁵⁷.

En el contexto de la migración, el interés superior del niño debe convertirse en el fundamento de las decisiones que afecten a los niños, las niñas y los adolescentes, durante todo el proceso de desplazamiento, para así poder garantizar sus derechos, independiente de su nacionalidad o el estatus migratorio. Además, tal como señala el Comité sobre los Derechos del niño, este interés debe ser considerado para las actuaciones dirigidas a los niños migrantes tanto en el corto como en el largo plazo.

El Comité sobre los Derechos del Niño, en su Observación General N° 14, ha señalado que entre los elementos que se deben considerar para evaluar el interés superior del niño en el caso concreto se encuentran aquellas situaciones de vulnerabilidad, tal como la situación de refugiado, solicitante de asilo y, en general, el estatus de migrante; y ha afirmado que “Las autoridades y los responsables de la toma de decisiones deben tener en cuenta los diferentes tipos y grados de vulnerabilidad de cada niño, ya que cada niño es único y cada situación debe evaluarse de acuerdo con su condición única”⁵⁸.

⁵⁷ CILLERO Miguel. Op. cit., pp. 60 y 61.

⁵⁸ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. Observación General N° 6 (2005 Op. cit. párr. 76

Considerando este principio como aquel que permite ejercer otros derechos, los Estados deberán dar prioridad al derecho que tienen los niños a no ser separados de sus padres; y, por tanto, las decisiones que se tomen respecto a todos los miembros de la familia debieran tener como consideración primordial que el derecho a vivir en familia se encuentra ligado al interés superior del niño.

El interés superior del niño se verá materializado en el contexto migratorio, a través de diversas acciones que se encuentran en manos de los organismos de la administración del Estado receptor, así como de aquellos órganos que imparten justicia. Entre ellas podemos encontrar las actuaciones eficaces y expedita para regularizar la situación migratoria de los NNA, establecer los mecanismos para que cualquier NNA pueda solicitar el reconocimiento de la condición de refugiado, cuando ésta corresponda, garantizar el acceso a servicios básicos en el país de destino como salud, educación y vivienda, independiente de su situación migratoria localizar a la familia cuando el NNA se encuentre solo y reconocer su derecho a la identidad.

4.2 Igualdad y no discriminación

A pesar de que el conjunto de NNA migrantes es amplio y sus realidades son variadas, en virtud del artículo 2 de la CDN, los Estados tienen el deber de garantizar protección a todos aquellos NNA que se encuentren bajo su jurisdicción, independiente de sus características particulares.

Por otra parte, el Comité sobre los Derechos del niño ha señalado que “las obligaciones del Estado en virtud de la Convención 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 (art. 2)”⁵⁹. Incluyendo así a todos los niños, sin distinción alguna. De manera más específica, respecto al principio de no discriminación, también ha referido: “En particular, prohíbe toda discriminación basada en la situación de no acompañado o separado del menor o en su condición de refugiado, solicitante de asilo o migrante. Este principio no excluye -e incluso puede exigir- la diferenciación fundada en la diversidad de necesidades de protección, como las asociadas a la edad o al género. Deben tomarse también disposiciones en previsión de hipótesis de prejuicios o de actitudes de rechazo social de los menores no acompañados o separados”⁶⁰.

4.3 Derecho a no ser privado de libertad por la situación migratoria

El derecho a no ser privado de libertad ilegal o arbitrariamente constituye un principio de derecho internacional y se encuentra contenido en el artículo 37 de la CDN, principalmente respecto a los adolescentes en conflicto con la Ley Penal y se ha señalado al respecto que la detención e internación de un menor de edad es una medida de *ultima ratio* y que debe ser aplicada por el menor tiempo posible. La privación de libertad o detención que implique el confinamiento dentro de un lugar

⁵⁹ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. Observación General N° 6 (2005)., Op. cit. párr. 12.

⁶⁰ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. Observación General N° 6 (2005), Op. cit. párr. 18.

cerrado en donde no se permita a la persona salir a su voluntad, debe ser una actuación que se aplique de manera muy restringida respecto de los NNA, en situaciones muy particulares y que se encuentren debidamente justificadas, siempre en razón de su bienestar.

Los Estados, con el fin de controlar el tránsito de personas en las fronteras del país, utilizan la detención de personas para evitar la migración irregular. La detención puede ordenarse como una sanción penal o como una medida administrativa de tipo cautelar para investigar la identidad y la situación migratoria de una persona. En cualquiera de los casos, este tipo de acciones no suelen ir acorde con las normas de derechos humanos. “Esta medida, que implica la criminalización de la migración irregular, es causa de malos tratos y otras violaciones de derechos humanos para los migrantes”⁶¹. La comunidad internacional ha hecho hincapié en que la migración irregular no debe considerarse un delito, ni a los migrantes irregulares como delincuentes y de este modo no se encuentran de forma ilegal en los países de destino, sino que son personas indocumentadas y, por lo tanto, su situación debe tratarse a través la vía administrativa; “la detención de personas por incumplimiento de las leyes migratorias nunca debe ser con fines punitivos, de modo tal que las medida privativas de libertad solo deberán ser utilizadas cuando fuere necesario y proporcionado en el caso en concreto”⁶².

⁶¹ ORTEGA, Elisa. Op. cit. p. 207.

⁶² CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinión Consultiva N° 21, Op. cit. párr. 151.

Esta situación es más preocupante cuando quienes son detenidos son niños o adolescentes, pues este tipo de medidas de control estatal del tipo policial carece de cualquier enfoque de derechos de protección a la infancia; además, se aplica como respuesta habitual a la migración irregular y no como medida de *ultima ratio*; y, en la generalidad de los casos, los países no contemplan medidas alternativas a la detención⁶³. Por regla general, en estos casos los NNA son tratados de la misma manera que los adultos. En especial, cuando se desconoce la edad de los adolescentes, se ha señalado que “con frecuencia son recluidos en condiciones precarias, que están muy por debajo de las normas internacionales que rigen los entornos apropiados para los niños privados de su libertad”⁶⁴.

El ingreso o la permanencia irregular en un país realizado por un NNA no puede ser considerado un delito y, por tanto, la privación de libertad debe restringirse al mínimo. La Corte IDH es de la opinión que “la privación de libertad de niñas o de niños por razones exclusivas de índole migratoria excede el requisito de necesidad, toda vez que tal medida no resulta absolutamente indispensable a los fines de asegurar su comparecencia al proceso migratorio o para garantizar la aplicación de una orden de deportación. Aunado a ello, la Corte es de la opinión que la privación

⁶³ La autora Elisa Ortega señala que, en pocos Estados, entre ellos Panamá la normativa prevé que la detención sólo puede aplicarse a los mayores de 18 años de edad. Mientras que en Venezuela no se permite la privación de libertad ni de niño ni de adultos migrantes por razones de encontrarse en situación irregular. Ortega Elisa “Los niños migrantes irregulares y sus derechos humanos en la práctica europea y americana: entre el control y la protección” UNAM. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLVIII, núm. 142, enero-abril de 2015, p 210.

⁶⁴ FARMER Alice. 2013. El impacto en la detención migratoria en los niños. [en línea] En: Detención, alternativas a la detención y deportación. *Forced Migration Review N° 44, Refugee Studies Centre Oxford Department of International Development.* p. 14 <http://www.fmreview.org/sites/fmr/files/FMRdownloads/es/detencion/RMF44.pdf> [consulta: 3 de julio 2016].

de libertad de una niña o niño en este contexto de ninguna manera podría ser entendida como una medida que responda a su interés superior”⁶⁵.

4.4 Derecho a un debido proceso

De acuerdo con lo señalado por la Corte IDH, este derecho “se refiere al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado, adoptado por cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que pueda afectarlos”⁶⁶. Por su parte, la UNICEF se ha referido al debido proceso señalando que “las garantías de debido proceso son herramientas esenciales para la defensa y protección de los derechos fundamentales”⁶⁷.

Este principio incluye, a su vez, otros derechos como parte del mismo debido proceso, entre los que se puede encontrar: el derecho a un juicio justo, derecho a defensa, derecho a no ser privado de libertad por motivos arbitrarios, en particular,

⁶⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinión Consultiva N° 21, Op. cit. párr. 154.

⁶⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinión Consultiva N° 21, Op. cit. párr. 109.

⁶⁷ UNIVERSIDAD NACIONAL DE LANUS, CENTRO DE DERECHOS HUMANOS. 2009. Estudio sobre los estándares jurídicos básicos aplicables a niños y niñas migrantes en situación migratoria irregular en América Latina y el Caribe. [en línea] Universidad Nacional de Lanus - UNICEF. p. 25. https://www.unicef.org/lac/UNICEF_MIGRACION_NINOS.pdf [consulta: 3 de julio 2016].

cuando se trata de un menor de edad, pues la privación de libertad de cualquier niño siempre debe ser una medida excepcional y muy justificada.

Si bien el debido proceso es aplicable a toda persona, en el caso de los niños y niñas migrantes, en consideración a su situación particular adquiere una dimensión especial y les son aplicables ciertas medidas específicas para asegurar este debido proceso y el acceso a la justicia. La Corte IDH ha señalado que los siguientes aspectos adquieren relevancia en esta situación: (i) el derecho a ser notificado de la existencia de un procedimiento y de la decisión que se adopte en el marco del proceso migratorio; (ii) el derecho a que los procesos migratorios sean llevados por un funcionario o juez especializado; (iii) el derecho de la niña o niño a ser oído y a participar en las diferentes etapas procesales; (iv) el derecho a ser asistido gratuitamente por un traductor y/o intérprete; (v) el acceso efectivo a la comunicación y asistencia consular; (vi) el derecho a ser asistido por un representante legal y a comunicarse libremente con dicho representante; (vii) el deber de designar a un tutor en caso de niñas o niños no acompañados o separados; (viii) el derecho a que la decisión que se adopte evalúe el interés superior de la niña o del niño y sea debidamente fundamentada; (ix) el derecho a recurrir la decisión ante un juez o tribunal superior con efectos suspensivos; y (x) el plazo razonable de duración del proceso⁶⁸.

Las garantías contempladas dentro del debido proceso son relevantes frente a la detención o cualquier proceso en el que se vea sometido un niño por temas

⁶⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinión Consultiva N° 21, Op. cit., párr. 116.

migratorios, ya que evitará su mayor exposición a situaciones que pongan en riesgo sus derechos. Sin embargo, los ordenamientos jurídicos, por regla general, no contemplan normas especiales y adecuadas para enfrentar situaciones de detención de niños y adolescentes por situaciones migratorias.

4.5 Derecho a ser oído

El artículo 12 de la CDN establece la obligación de los Estados de garantizar a los niños el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afectan, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez.

En el marco de la migración, es importante que este derecho sea respetado, ya sea en los procedimientos de detención, expulsión o tramitación de visados. El derecho a ser oído, además, implica que la persona comprenda la situación y el proceso en el que está siendo sometida. Por tanto, importará también tener derecho a un traductor cuando se hable un idioma distinto, o a encontrar las condiciones adecuadas para que un niño pueda expresarse de manera segura. Es importante considerar que el derecho a ser oído incluye cualquier forma de comunicación no verbal, ya sea el juego o el dibujo, a través de la cual los niños puedan comunicarse de acuerdo a su edad, desarrollo intelectual y autonomía progresiva. “En el ámbito migratorio, el derecho a ser oído también es esencial para evitar la vulneración de otros derechos. A modo de ejemplo, en caso de niños y niñas no acompañados, resulta fundamental escuchar al niño para evitar la afectación del principio de no

devolución, o para evaluar su grado de integración en la sociedad de destino o los efectos que su repatriación podría acarrear”⁶⁹.

Este derecho, si bien forma parte de una de las garantías del debido proceso, se extiende más allá de los procedimientos judiciales que afecten a los niños migrantes. Al respecto, la Corte IDH ha señalado que “las niñas y niños deben ser oídos con el objeto de poder resolver de acuerdo a su mejor interés, siendo que incluso las opiniones de sus padres o tutores no pueden reemplazar la de las niñas o niños”⁷⁰. Será importante también que el NNA sea escuchado cuando se está llevando a cabo un procedimiento de expulsión en contra de alguno de sus padres o del adulto responsable que lo tenga bajo su cuidado.

4.6 Derecho a la vida familiar

La importancia de la familia y el rol fundamental que cumple en la sociedad se encuentra reconocido y protegido en diversos instrumentos del sistema internacional de Derechos Humanos⁷¹. La CDN, en su Preámbulo, señala a la familia como un grupo fundamental de la sociedad y como el medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros y en particular de los niños. Además, establece en su artículo 9 que los niños tienen el derecho a no ser

⁶⁹ UNIVERSIDAD NACIONAL DE LANUS, CENTRO DE DERECHOS HUMANOS. Op. cit. p. 56

⁷⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinión Consultiva N° 21, Op. cit. párr. 122.

⁷¹ En consideración al tema que se está tratando la importancia de la familia se encuentra establecida en la siguiente normativa: Convención interamericana de derechos humanos Artículo 17; Convención sobre los derechos del niño en su preámbulo, artículos 9 y 10; Convención sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familiares Artículo 44.

separado de sus padres contra su voluntad, mientras que el artículo 10 mandata a los Estados a atender las solicitudes de reunión familiar, para que los niños puedan permanecer con sus familias; señala que tales peticiones deben ser recepcionadas de manera positiva por los Estados. Por su parte en el artículo 18 de la CDN señala que la responsabilidad primordial de crianza compete a los padres o representantes y mandata al Estado a apoyar y prestar asistencia a los padres en su función de crianza. Como se puede observar, la CDN “presta especial atención al papel de la familia en la atención al niño y a las necesidades especiales de protección de los niños privados de su medio familiar”⁷².

Así mismo la Convención Internacional sobre la protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares considera en su artículo 44 a la familia como el grupo básico natural y fundamental de la sociedad e indica que ésta tiene derecho a ser protegida por el Estado y la sociedad.

En la actualidad, el concepto de familia ha evolucionado, y ya no solo se considera digno de protección el modelo tradicional de familia, esto es, aquel grupo compuesto por un matrimonio heterosexual y sus hijos. Si no que, se considera, que existen diversos modelos de familia mucho más complejos y variados. “El derecho a la vida familiar se ve afectado por las transformaciones experimentadas en el ámbito de relaciones afectivas y de cuidado, en permanente evolución”⁷³. Frente a lo cual la

⁷² LAHOZ Sonia. Op. cit., p. 112.

⁷³ ESPEJO Nicolás. 2016. El derecho a la vida familiar, los derechos del niño y la responsabilidad parental. En: LEPÍN Cristián y GÓMEZ DE LA TORRE Maricruz (coordinadores) Estudios de Derecho Familiar I. Jornadas de Derecho Familiar – Facultad de Derecho Universidad de Chile. Editorial Thomson Reuters. Santiago, Chile. p. 208.

protección jurídica a la familia se amplía a nuevos grupos, tales como familias monoparentales, familias extensas o ensambladas, familias formadas por acuerdos de unión civil y familias formadas por acuerdos informales o consensuales.

En primer término, se considera como familia del niño a las personas que le han dado la vida⁷⁴. De esta forma, se establece la prioridad para que los padres biológicos se hagan cargo de sus hijos menores de edad. Sin embargo, la Corte IDH también ha reconocido que no existe un modelo único de familia basado en la pareja y los hijos, sino que pueden ser titulares a este derecho otros parientes miembros de la familia extensa siempre que tengan lazos cercanos personales⁷⁵, además en el contexto migratorio puede ocurrir que se constituyan lazos familiares entre personas que no sean necesariamente parientes.

Respecto de los NNA migrantes, el derecho a la vida familiar se hace efectivo principalmente a través de dos aspectos.

En primer lugar, a través de la reunificación familiar, se ha establecido que la reunión o reunificación familiar “facilita la normalización de la vida de los y las migrantes, aportando mayor estabilidad, favoreciendo su integración y estimulando la participación en la vida económica, social, cultural y política del país de destino”⁷⁶.

⁷⁴ GÓMEZ Blanca y BARASTEGUI Ana. 2009. El Derecho del Niño a vivir en familia. [en línea] Miscelanea comillas Vol. 67 N° 130. Universidad Pontificia Comillas. ICAI- ICADE, Madrid. p. 177. <http://revistas.upcomillas.es/index.php/miscelaneacomillas/article/view/894> [consulta: 3 de julio 2016].

⁷⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinión Consultiva N° 21, Op. cit., párr. 272.

⁷⁶ LAHOZ Sonia. Op. cit., p. 104.

La reunión de la familia en el país de destino no es una tarea fácil, ya sea porque faltan los recursos para que la familia viaje completa y de una sola vez, o por falta de documentos y demora en la tramitación de éstos y en el caso de los migrantes irregulares la reunión de toda la familia se dificultará aún más.

De este modo, el derecho a vivir en familia se ve restringido cuando las condiciones para ejercer la reunificación familiar se vuelven más exigentes y estrictas en los países de destino, “algunos países requieren que él o la solicitante de reunificación tenga la condición de nacionalidad antes de que tal derecho pueda ser garantizado. La mayoría exige que los y las solicitantes demuestren que disponen de los recursos suficientes para apoyar a los miembros de su familia que se van a acoger a la reunificación”⁷⁷. Así, la decisión que tome el Estado respecto a una solicitud de reunión familiar que involucre a un NNA, deberá siempre considerar el interés superior del niño en el caso concreto. La Corte IDH ha señalado al respecto que “el derecho de la niña o el niño a la protección de la familia, y en particular al disfrute de la vida de familia manteniendo la unidad familiar en la mayor medida posible, siempre prevalecería, excepto en aquellos casos en los cuales la separación de la niña o del niño de uno o ambos progenitores sería necesaria en virtud de su interés superior”⁷⁸.

En segundo lugar, el derecho a vivir en familia de los NNA migrantes adquiere importancia en el momento de decidir sobre la separación de los hijos menores de

⁷⁷ LAHOZ Sonia. Op. cit., p. 105.

⁷⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinión Consultiva N° 21, Op. cit., párr. 274.

sus padres debido a situaciones de detención, deportación o expulsión y se ve expresado a través del derecho a que el interés superior del niño sea considerado en la decisión que tomará el país respecto a la situación de sus padres o cuidadores.

De este modo, el derecho a vivir en familia, expresado a través de la reunificación familiar o la no expulsión de los padres en virtud del interés superior del niño, entra en colisión con el derecho que tienen los Estados a elaborar sus políticas y leyes migratorias, ya sea de ingreso o residencia en el país de destino.

Por tanto, para tomar una decisión respecto a la expulsión de una persona migrante del país receptor o una solicitud de reunificación familiar, el Estado deberá considerar cual es la decisión que influirá de manera positiva en la vida del niño.

Por tanto, en el ámbito de la vida familiar de los NNA, el Estado tiene un doble deber: por un lado, deberá abstenerse de tomar una decisión que vaya en contra del derecho de los NNA a vivir en familia, salvo cuando esto sea necesario en virtud de su interés superior, y, por otro lado, tiene un deber de accionar para favorecer la reunión de estos niños con su familia.

Lo conflictivo que ocurre con estos principios recién señalados, dice relación con la dificultad de concretizarlos en el efectivo ejercicio de los derechos en el ordenamiento interno de cada país. Pues muchas veces quedan como normas programáticas, sujetas a diversos elementos tales como la dictación de una Ley o Reglamento, o por temas presupuestarios, entre otros. Lo mismo ocurre, y de manera más evidente, con la efectivización de los derechos económicos, sociales y culturales de los que son titulares los niños migrantes, independiente de su estatus

migratorio. Por tanto, es una tarea pendiente de los Estados hacer efectivos los derechos proclamados en la CDN, así como en los otros instrumentos internacionales que han ratificado. Esto debe realizarse principalmente reformulando la legislación migratoria nacional y adecuándola a criterios compatibles con la CDN.

CAPÍTULO II. PANORAMA ACTUAL DE LA MIGRACIÓN EN CHILE

1. Características de la migración en Chile

El fenómeno migratorio ha estado presente de manera permanente a lo largo de la historia de nuestro país. De este modo podemos observar que han existido periodos donde ha primado la emigración de chilenos a otras partes del mundo, y otros en los cuales Chile ha recibido a grupos de personas migrantes que han venido a establecerse por mediano o largo plazo. A pesar de que Chile no se ha caracterizado por ser un país de migración masiva, este fenómeno ha estado presente desde los inicios de su independencia. Señala Carolina Stefoni que “desde las primeras mediciones oficiales en 1854, se constata la presencia de extranjeros, que en esa época no superaban el 1% de población nacional”⁷⁹. El arribo de migrantes a Chile comenzó a ser regulado por el Estado desde principios del siglo XIX. Esta regulación inicial tenía como finalidad atraer a ciertos grupos de personas extranjeras, con determinadas características, a asentarse en nuestro país.

En cuanto a la postura que tomó el Estado respecto a la regulación del establecimiento de migrantes, y su fomento o desincentivo, es posible identificar

⁷⁹ STEFONI Carolina. 2011. Perfil migratorio de Chile. [en línea] Organización Internacional para las Migraciones. Buenos Aires, Argentina. p. 34 http://priem.cl/wp-content/uploads/2015/04/Stefoni_Perfil-Migratorio-de-Chile.pdf [consulta: 3 de marzo 2017].

tres etapas, de acuerdo con la autora María Daniela Lara⁸⁰. La primera etapa se destaca por la promoción selectiva de migrantes; la segunda está caracterizada por la restricción a la migración por criterios de seguridad; y la tercera se centra en los nuevos flujos migratorios con acento en lo económico y en los derechos. Estos tres periodos se analizarán a continuación:

a) La primera etapa se desarrolla desde el año 1824 al año 1973, en la cual el Estado chileno buscó promover la llegada de un grupo selectivo de migrantes europeos a Chile. En esta etapa el Estado fue quien incentivó la inmigración de grupos específicos de extranjeros en determinadas partes del territorio. Esto se consiguió a través de beneficios económicos, entrega de terrenos, exenciones de impuestos, entre otros, con la finalidad de poblar los territorios deshabitados, principalmente aquellos del sur; y, de este modo, ejercer su soberanía en este sector en el cual aún existían disputas con pueblos indígenas. Al respecto se ha señalado que “el Estado centró su política migratoria en una inmigración dirigida, fomentando el asentamiento de personas provenientes de determinadas regiones del mundo y con específicas características”⁸¹. Durante esta época, además de la migración promovida y controlada por el Estado, ingresaron al país otros grupos de extranjeros, lo que se denomina migración espontánea, quienes llegaron al país en

⁸⁰ LARA María Daniela. 2014. Evolución de la legislación migratoria en Chile. Claves para una lectura (1824 – 2013). [en línea] Revista de Historia del Derecho, N° 47, INHIDE. Buenos Aires, Argentina. http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1853-17842014000100004 [consulta: 3 de marzo 2017].

⁸¹ LARA María Daniela. *Ibíd.*, p.63.

busca de oportunidades, motivados por temas económicos y laborales, como ocurrió con el auge de la minería en el norte de Chile.

b) La segunda etapa, mucho más breve que la anterior, se inicia en el año 1973 y finaliza en el año 1990. Ésta se desarrolla durante la dictadura militar, y llama la atención el carácter restrictivo que establece para el ingreso de personas extranjeras y el fuerte acento puesto en la seguridad nacional, “esto se ve expresado tanto en aspectos legislativos como en la proporción de población migrante apreciándose las menores incidencias históricas”⁸². Es en esta época cuando se dicta el Decreto Ley N° 1.094, también denominada Ley de extranjería, norma que, hasta el día de hoy rige en materia migratoria. Esta Ley tiene como principal objetivo regular el ingreso, permanencia y salida de los extranjeros en el país, así como también ejercer un control sobre éstos mientras se encuentren en territorio chileno, y para ello otorga amplios poderes discrecionales a los organismos de la administración del Estado. Lo que se buscaba con esta norma al momento de su dictación era mantener fuera del país los peligros que podían traer las personas extranjeras, relacionados principalmente con la llegada de ideologías o movimientos contrarios al gobierno militar; por tanto, considera al extranjero como una amenaza a la seguridad pública.

c) La tercera etapa se inicia a partir del año 1990, con el retorno a la democracia, y se ha mantenido hasta ahora. Se caracteriza por un aumento considerable de personas migrantes que arribaron a nuestro país, en relación a la época anterior. Si

⁸² LARA María Daniela. Op. cit., p. 81

bien se mantiene la legislación migratoria de la dictadura, ésta comienza a ser objeto de reformas orientadas al reconocimiento de los derechos humanos de las personas migrantes y la protección de grupos más vulnerables, como lo son los NNA. También se caracteriza por la apertura de Chile hacia el exterior. Lo anterior se ve confirmado por la ratificación de Tratados Internacionales de Derechos Humanos realizada por el Estado en esta época, que demanda una participación activa del Estado en el aseguramiento del ejercicio de determinados derechos respecto de las personas en igualdad de condiciones y sin discriminaciones arbitrarias.

En la actualidad, Chile se ha convertido en un país de destino, esto es, un país receptor de migrantes. Lo anterior se debe a la posición favorable que ocupa nuestro país en América Latina respecto a su crecimiento económico, índices de seguridad y estabilidad política. “Chile ha tenido un crecimiento sostenido de los flujos migratorios desde los noventa, duplicando prácticamente su número de migrantes desde el 2002 a las estimaciones del 2010”⁸³, así mismo lo afirman los datos obtenidos por la Organización Internacional para las Migraciones el año 2012⁸⁴.

De acuerdo con las últimas cifras del Departamento de Extranjería y Migración (en adelante DEM), contenidas en el Anuario Estadístico de Migraciones 2005 – 2014,

⁸³ LAGOS Víctor y ROJAS Oscar. 2014. Derechos de los Migrantes y Refugiados. [en línea] En: Informe anual sobre Derechos Humanos 2014. Centro de Derechos Humanos, Universidad Diego Portales. Ediciones Universidad Diego Portales. Santiago, Chile. p. 342. <http://www.derechoshumanos.udp.cl/derechoshumanos/images/InformeAnual/2014/Cap%2008%20Migrantes%20y%20refugiados.pdf> [consulta: 7 de marzo 2017].

⁸⁴ TEXIDÓ Ezequiel y GUIRRIERI Jorge. 2012. Panorama migratorio de América del Sur 2012. [en línea] Organización Internacional para las Migraciones. p. 18 https://www.iom.int/files/live/sites/iom/files/pbn/docs/Panorama_Migratorio_de_America_del_Sur_2012.pdf [consulta: 3 de marzo 2017].

en Chile existen aproximadamente 410.988 extranjeros residentes en el país⁸⁵, lo que corresponde a un 2,3% de la población nacional. Este número es obtenido en base a dos indicadores: “los datos recogidos por el último Censo de población válido, correspondiente al año 2002, y la suma anual de permisos de Permanencia Definitiva otorgados”⁸⁶. Como es posible observar, y tal como lo indica el DEM, estos datos no consideran aquel tipo de migración de corto y mediano plazo. Tampoco se considera en las cifras oficiales a aquellas personas que ingresan de manera irregular al país.

Respecto a las características de la inmigración actual, es posible señalar, de acuerdo a los datos que entregan autores como Jensen⁸⁷, basados en el Censo de 2002 y el Departamento de Extranjería y Migración, que el perfil migratorio actual en Chile, corresponde principalmente a personas de origen latinoamericano, principalmente mujeres jóvenes (25 a 39 años de edad). En el mismo sentido, Stefoni realiza una caracterización similar del flujo migratorio actual en nuestro país y señala: “el incremento en el número de inmigrantes, las características que asumen los movimientos migratorios y las personas involucradas en estos, permite hoy en día hablar de un nuevo patrón migratorio. Se trata de una migración laboral

⁸⁵ DEPARTAMENTO DE EXTRANJERÍA Y MIGRACIÓN DEL MINISTERIO DEL INTERIOR Y SEGURIDAD PÚBLICA. 2016. Migración en Chile 2005 – 2014. [en línea] p. 7. <http://www.extranjeria.gob.cl/media/2016/02/Anuario-Estad%C3%ADstico-Nacional-Migraci%C3%B3n-en-Chile-2005-2014.pdf> [consulta: 7 de marzo 2017].

⁸⁶ DEPARTAMENTO DE EXTRANJERÍA Y MIGRACIÓN DEL MINISTERIO DEL INTERIOR Y SEGURIDAD PÚBLICA. Op. cit., p. 13.

⁸⁷ JENSEN María Florencia. Op. cit., p. 110.

proveniente de países cercanos, concentrados en la Región Metropolitana y con un proceso de inserción segmentada en el mercado laboral”⁸⁸.

En lo que respecta a la cantidad de NNA migrantes que viven actualmente en Chile es posible señalar que de la cifra total de migrantes en el año 2014, un 21,6% de ellos corresponde personas menores de dieciocho años⁸⁹. Sin embargo, dentro de estas cifras oficiales tampoco están considerados aquellos NNA que se encuentran en situación migratoria irregular. Lo anterior impide tener un conocimiento real de la situación actual de NNA migrantes en nuestro país. Al respecto se ha indicado que “hoy en día no existe un registro actualizado respecto a las características como edad, género, condiciones de vivienda, educación, etc., que nos permita profundizar en el conocimiento de este grupo”⁹⁰, cuestión que, a su vez, genera dificultades para el establecimiento de políticas públicas dirigidas a la protección de sus derechos.

Este aumento continuo en el flujo migratorio ha generado un impacto en nuestra sociedad. Impacto al que aún nos estamos acomodando y respecto del cual el Estado chileno no se encuentra preparado, pues carece de la institucionalidad necesaria para enfrentar aquellos conflictos y dificultades que la migración provoca. Esta falta de preparación del Estado y la demora en la actualización de su marco normativo relativo a la migración, colisiona con los deberes que los Estados deben tener para con los individuos, derivados principalmente de la ratificación de Tratados internacionales de Derechos Humanos. De este modo, se ha señalado que “un

⁸⁸ STEFONI Carolina. Op. cit., p. 31

⁸⁹ DEPARTAMENTO DE EXTRANJERÍA Y MIGRACIÓN DEL MINISTERIO DEL INTERIOR Y SEGURIDAD PÚBLICA. Op. cit., p. 9.

⁹⁰ FERNÁNDEZ Rosario. Op. cit., p. 254.

Estado no puede pasar por alto las nuevas corrientes migratorias ni las realidades de los migrantes, en tanto tiene un rol de garante de los derechos y libertades de las personas”⁹¹.

La falta de normativa y de políticas públicas integrales basadas en un enfoque de protección de los derechos humanos impide a las personas migrantes poder iniciar el nuevo proyecto de vida que los ha impulsado a instalarse en Chile. Este problema se agudiza para los NNA migrantes, a quienes en la mayoría de las ocasiones ni siquiera se le consulta su opinión respecto a la decisión de migrar, por lo que es común que sus necesidades se encuentren invisibilizadas ante los problemas de los mayores durante todo el proceso migratorio. Viéndose afectados primero por el hecho de dejar a su familia, amigos y todo lo que conocen en su país de origen, para luego tener que adaptarse a una nueva realidad en otro lugar. Y, si en este nuevo país no reciben el apoyo y protección que les corresponde el proceso se vuelve más difícil aún, principalmente por la barrera de acceso a los servicios básicos y por la discriminación a la que se ven enfrentados.

⁹¹ LARA María Daniela. Op. cit., p. 60.

2. Marco normativo interno sobre la protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes migrantes

La normativa vigente en Chile relativa las personas migrantes no se encuentra acorde con los estándares de respeto a los Derechos Humanos que nuestro país se ha comprometido resguardar. Lo anterior, debido a una serie de decisiones que el Estado chileno ha tomado (o dejado de tomar) frente a la realidad migratoria, sumado a una legislación inadecuada y a la falta de políticas públicas coordinadas para dar solución a los problemas, sea cual sea su naturaleza, a los que se ven enfrentadas las personas migrantes. En lo que sigue se analizará la normativa migratoria vigente, en especial, la referida a los NNA migrantes.

En primer lugar, es importante destacar que nuestra Constitución establece la universalidad en el ejercicio de los derechos consagrados en ella, al señalar en su artículo primero que “las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”⁹². Por tanto, toda persona que se encuentre en el territorio del Estado chileno tiene iguales derechos, lo que incluye a las personas migrantes. “La Constitución chilena se basa en el principio de universalidad de los derechos, por lo que no consagra disposiciones específicas referidas a personas migrantes. De ahí que sus disposiciones de carácter general -como las garantías constitucionales establecidas en el Art. 19, que incluyen el derecho a la igualdad ante la ley y prohibición de

⁹² Constitución Política de la República Artículo 1.

discriminación, debido proceso, libertad de circulación, libertad de trabajo, entre otras- les son plenamente aplicables a las personas inmigrantes”⁹³.

El artículo 19 N° 7 letra a) de la Carta Fundamental asegura el derecho a la libre circulación y residencia a todas las personas que se encuentren en territorio nacional, con la condición de respetar las normas establecidas en la Ley. Como podemos ver, este artículo establece, por un lado, el derecho que tienen todas las personas a la libre circulación y residencia en el territorio nacional, y por otro, la atribución que tiene el Estado, en virtud de su soberanía, de determinar los límites a este libre desplazamiento. Tal norma justifica que el Estado pueda señalar requisitos de ingreso al país para los extranjeros, aunque estas restricciones deben encontrarse debidamente justificadas, en virtud del principio de igualdad y no discriminación.

Al respecto, la doctrina ha señalado que “no es posible impedir o prohibir el ingreso de extranjeros basados en algún factor que discrimine de forma arbitraria, los cuales se conocen en la literatura como categorías sospechosas, tales como la raza o la etnia, el color, el idioma, la religión o creencia, el sexo, la identidad de género, la orientación sexual, la edad, el estado civil, el origen social o nacional, la opinión política o de otra índole, la posición económica o cualquier otra condición social”⁹⁴.

Por su parte, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha interpretado el artículo 19 N° 7 letra a) de la Constitución indicando que la regla general debiese ser la

⁹³ STEFONI, Carolina. Op. cit., p. 67.

⁹⁴ DÍAZ Regina. 2016. Ingreso y permanencia de las personas migrantes en Chile: Compatibilidad de la normativa chilena con los estándares internacionales. Revista Estudios Constitucionales (vol. 14 n° 1). Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca. p. 9

admisión del ingreso a los extranjeros y, por tanto, las prohibiciones y limitaciones a su ingreso deben encontrarse debidamente justificadas⁹⁵.

En cuanto a la normativa migratoria chilena debe indicarse que se encuentra compuesta por normas de distinta jerarquía. En primer lugar, nuestro país cuenta con una Ley de Migración correspondiente al Decreto Ley N° 1.094 (la más antigua de la región), dictada en el año 1975, durante la época de la dictadura militar, y con un reglamento de la misma Ley, el Reglamento N° 597 del año 1984. Además, encontramos el Decreto Supremo N°818 de 1983, que delega en autoridades de Gobierno de Interior atribuciones relativas a extranjeros, y el Decreto Supremo N° 5.142 de 1960, que fija el texto refundido de Normas sobre Nacionalización de Extranjeros, actualizado recientemente por la Ley N° 20.888 de 2016, la cual modifica algunos requisitos para obtener la nacionalidad chilena.

Como se puede apreciar la mayoría de estas normas tienen más de treinta años de antigüedad, están establecidas con el fin de regular el ingreso, residencia, expulsión y control de salidas y entradas del país, y no contienen disposiciones relativas a la

⁹⁵ Tribunal Constitucional. Sentencia Rol 2.273-2012, de 4 de julio de 2013, considerando 30°: La distinción extranjero - chileno puede realizarse y el texto fundamental no la prohíbe. Sin embargo, se trata de una distinción que es sospechosa, en línea de principio, puesto que requiere de una habilitación constitucional previa para poder realizarla. Desde el artículo 1°, inciso primero, de la Constitución se sostiene que "las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos". Esta dignidad común desde el nacimiento de nacionales y extranjeros, exige una fuerte argumentación contraria que demuestre la necesidad, justificación y finalidad en un objetivo constitucionalmente legítimo que apodere a la Administración del Estado a realizar una diferencia de trato entre ellos. Esta diferencia puede originar dos modalidades muy diversas de restricciones. En un caso se tratará de prohibir el derecho o entrabarlos de tal modo que se constituya en una privación. Y un caso distinto es habilitar algunas regulaciones y modalidades de su ejercicio. Las prohibiciones, como sería el impedimento expreso de ingresar al país, o las privaciones que se deducen de una regulación tan intensiva que impide el acceso al derecho mismo, deben tener una habilitación constitucional expresa.

protección de los derechos de las personas migrantes. Como se puede observar “este conglomerado de normas no constituye una política migratoria coherente, sino que más bien una regulación improvisada, resultado de la inercia jurídica e institucional”⁹⁶.

Existe aceptación en la doctrina respecto a la necesidad de modificar la actual legislación migratoria nacional con el fin de cumplir con los estándares internacionales de Derechos Humanos y adaptarse a la nueva realidad mundial. De este modo, se ha indicado que “cuando nos acercamos a medio millón de extranjeros residentes en Chile, existe amplio consenso en que esta regulación no responde a los desafíos que el país enfrenta para alcanzar el desarrollo económico, social y cultural”⁹⁷. Del mismo modo, se ha señalado que “la Ley chilena sobre migraciones (Decreto Ley 1.094 de 1975) fue concebida bajo un paradigma de seguridad nacional, por tanto no se encontraría acorde con el enfoque de derechos humanos necesario para una debida protección jurídica de las personas migrantes”⁹⁸; y que “al ser este Decreto una norma preconstitucional, no responde a la lógica fijada en nuestra Constitución Política vigente respecto de la competencia o ámbito de acción del legislador, por cuanto entrega amplias facultades discrecionales a la administración en materia de visados, lo que se traduce en

⁹⁶ DOMINGUEZ Cecilia. Op. cit., p. 195.

⁹⁷ SANDOVAL Rodrigo. 2016. Hacia una política nacional migratoria. En: Tijoux, María Emilia. Racismo en Chile, la piel como marca de la inmigración. Santiago. Editorial Universitaria. p. 105

⁹⁸ DÍAZ Regina. 2016. Ingreso y permanencia de las personas migrantes en Chile: Compatibilidad de la normativa chilena con los estándares internacionales. Revista Estudios Constitucionales (vol. 14 n° 1). Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca. p 4.

decisiones administrativas no construidas a partir de criterios de razonabilidad establecidos en una norma legal”⁹⁹.

Por su parte, el Consejo Nacional de la Infancia también ha realizado críticas a la actual normativa migratoria, haciendo hincapié en lo siguiente: “El Decreto 1.094 no ha sido derogado, razón por la que persiste una tensión no resuelta entre dos enfoques: el de los derechos humanos, frente a los de la seguridad; tensión que lleva a contradicciones en la política y gestión migratoria, profundizando las condiciones de vulnerabilidad de los migrantes”¹⁰⁰. En específico, respecto al deber de proteger a los NNA migrantes, ha señalado que “esta legislación contradice no sólo principios de la Constitución y derechos fundamentales consagrados en ella para todos los habitantes del país (incluyendo a los extranjeros) sino que representa una norma que colisiona con el enfoque de derechos y garantías para los migrantes en general, y para los niños/as y adolescentes migrantes en particular”¹⁰¹.

También, el Comité de los Derechos del Niños de la ONU, ha manifestado su preocupación por el hecho de que la actual norma migratoria no se refiere directamente a los derechos y garantías de los NNA migrantes, recomendando al Estado de Chile adoptar una nueva Ley migratoria que se refiera directamente sobre

⁹⁹ DÍAZ Regina. Op. cit., p. 21.

¹⁰⁰ CONSEJO NACIONAL DE LA INFANCIA. 2016. Niñas, niños y adolescentes migrantes. Propuestas Mesa Técnica. [en línea] Santiago. p. 7. http://observatorioninez.consejoinfancia.gob.cl/wpcontent/uploads/2016/04/4_Ninas_ninos_y_adolescentes_migrantes.pdf [consulta: 3 de marzo 2017].

¹⁰¹ CONSEJO NACIONAL DE LA INFANCIA. Op. cit., p. 7.

este tema. Así, como también recomienda implementar un plan para la integración de los NNA migrantes en los espacios en los que se desenvuelven¹⁰².

Con el transcurso del tiempo, especialmente desde la vuelta a la democracia, los distintos gobiernos de turno han intentado adaptarse al nuevo escenario migratorio existente en el país y así adecuar la vieja normativa a los actuales estándares vigentes; sin embargo, si bien se han presentado proyectos de ley con el fin de modificar la antigua Ley de extranjería, hasta el día de hoy ninguno de estos proyectos se ha convertido en Ley de la República.

En el año 2015 se dictó el Instructivo Presidencial N° 5 sobre Lineamientos e instrucciones para la política nacional migratoria 2014 – 2018. Este tipo de documentos orientan la política de la administración sobre temas específicos durante un periodo determinados. Llama la atención que, a pesar de todo el tiempo transcurrido desde la vuelta a la democracia y que el discurso oficial de los gobiernos siga refiriéndose a la protección de los derechos humanos de los grupos más débiles, este instrumento no haga referencia, entre sus ejes, centrales a la necesidad de regular de manera integral y unificada la protección de los derechos de los NNA migrantes, sino que nuevamente se refiera a ellos solo en relación a la garantía del ejercicio de derechos específicos.

Los avances que han existido en materia migratoria han ocurrido a través de la dictación de otras normas complementarias que tienden a la protección de los derechos de las personas migrantes, entre ellas podemos encontrar: la Ley N°

¹⁰² COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, 30 de octubre de 2015. Observaciones finales sobre los informes periódicos cuarto y quinto combinados de Chile. párr. 77 y 78.

19.476 de 1996 que introduce modificaciones al DL N° 1.094 en materia de refugiados; la Ley 20.430 del año 2010, que establece disposiciones sobre protección de personas solicitantes de asilo y refugiados; la Ley 20.507 del año 2011, que tipifica los delitos de tráfico ilícito de migrantes y trata de personas y establece normas para su prevención y más efectiva persecución criminal; y la Ley 20.888, del año 2016, denominada Ley de Nacionalidad, la cual modifica el Decreto 5142 del Ministerio del Interior sobre los requisitos para obtener la nacionalización. Esta nueva Ley tiene relevancia en el tema de protección de los NNA migrantes, ya que facilita los mecanismos y requisitos para obtener la nacionalidad chilena, disminuyendo la edad exigida y tiempo de permanencia en el país para su solicitud. Además, se refiere de manera específica a la situación de las personas que tienen calidad de refugiados, estableciendo que los menores de dieciocho años, cuyo padre o madre tenga la calidad de refugiados reconocidos por Chile, podrán nacionalizarse chilenos, desde que, al menos, uno de ellos haya obtenido la carta de nacionalización, sin necesidad de cumplir otro requisito legal.

En lo que respecta específicamente a los NNA migrantes es posible señalar que el DL N° 1.094 no hace referencia en sus disposiciones a materias relacionadas con la protección de sus derechos, ni contempla el interés superior del niño como criterio rector para las decisiones adoptadas en materia de ingresos, permanencia y expulsión de extranjeros. En realidad, la norma se refiere en muy pocas ocasiones a las personas menores de dieciocho años:

- En su artículo 14 indica que le corresponde a la persona encargada del cuidado del extranjero menor de dieciocho años residente en el país, impetrar

las prórrogas, visas y permisos que al menor correspondan y que en caso de no existir ninguna persona encargada, el menor de edad podrá permanecer en Chile, en la misma condición de residencia de su ingreso, hasta cumplir esta edad y dentro del plazo de tres meses siguientes a la fecha en que cumpla los dieciocho años, deberá solicitar la permanencia definitiva o la votación que corresponda.

- En el artículo 16 el Decreto Ley señala que podrá impedirse el ingreso a determinadas personas, entre las que se encuentran enumeradas las personas menores de dieciocho años que viajen a Chile sin ser acompañados de su padre, madre o guardador y carezcan de autorización escrita de uno de ellos o del tribunal competente.
- Por último, el artículo 55 hace referencia a los requisitos de salida del menor de dieciocho años, indicando que el menor de dieciocho años que haya ingresado al país en calidad de turista, debidamente autorizado por alguna de las personas y en la forma indicada en el artículo 16, N° 4, se entenderá de pleno derecho facultado para abandonar el territorio nacional en virtud de la misma autorización.

El estatuto jurídico aplicable a los NNA migrantes, es escaso, se encuentra sujeto a criterios discrecionales de la administración del Estado y carece de un control por otro órgano estatal. Esta normativa se caracteriza por encontrarse dispersa y ser de rango infralegal. Su finalidad corresponde a la de otorgar protección de derechos sociales específicos tales como educación y salud. De este modo, se ha indicado

que “además de los avances en materia legislativa, se han ido implementando distintos convenios desde la administración pública que buscan resolver problemas puntuales que enfrentan los inmigrantes en el acceso a derechos sociales”¹⁰³ y, que “este tipo de regulación ha venido a llenar los vacíos legales de protección de derechos de las personas migrantes, causados por una inorgánica y desactualizada legislación nacional en la materia”¹⁰⁴. Entre estas disposiciones sectoriales podemos encontrar:

- i. Normativa específica relativa a la salud de los niños, niñas y adolescentes migrantes.
- ii. Normativa específica relativa a la educación de los niños, niñas y adolescentes migrantes.
- iii. Normativa específica relativa al sistema de protección de derechos de niños, niñas y adolescentes migrantes.
- iv. Normativa específica relativa a la prohibición de sanciones en contra de niños, niñas y adolescentes migrantes.
- v. Normativa específica relativa a la permanencia en el país de niños, niñas y adolescentes migrantes.

¹⁰³ STEFONI Carolina. Op. cit., p. 70

¹⁰⁴ GALDÁMEZ Liliana, LAGES Rita y LÓPEZ Valentina. 2016. Migración y Derechos Humanos en Chile. Informe Temático 2016. [en línea] Centro de Derechos Humanos Universidad de Chile. Santiago. p. 18 <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/142236/Migracion-y-derechos-humanos.pdf?sequence=1> [consulta: 15 de abril 2017].

2.1 Normativa específica relativa a la salud de los niños, niñas y adolescentes migrantes

i. Protección a la maternidad y al que está por nacer

Norma dirigida a las trabajadoras extranjeras que, residiendo en Chile, quedan embarazadas, las que tendrán acceso a los servicios de salud en los establecimientos de la red pública de salud. Además, podrán optar a un permiso de residencia temporaria certificando que controlan su situación de embarazo en el centro de salud que corresponde a su domicilio. Esta medida corresponde a un convenio intersectorial entre el DEM y el Ministerio de Salud, y se encuentra contenida en el Oficio Circular N°1.179, de enero de 2003, del Departamento de Extranjería y Migración¹⁰⁵, complementado con el Oficio Circular N° 6.232, de mayo de 2003, del Departamento de Extranjería y Migración¹⁰⁶.

ii. Acceso al sistema público de salud para niños, niñas y adolescentes migrantes

Norma que busca proporcionar a todos los NNA migrantes, menores de dieciocho años, acceso a la atención de salud en los establecimientos de la red pública de salud en igualdad de condiciones con sus pares chilenos. Esto, con independencia

¹⁰⁵ Chile. Departamento de Extranjería y Migración. Oficio Circular N° 1.179, de 28 de enero de 2003. <http://www.extranjeria.gob.cl/filesapp/Oficio%20Circular%201179.pdf>

¹⁰⁶ Chile. Departamento de Extranjería y Migración. Oficio Circular N° 6.232, de 26 de mayo de 2003. <http://web.minsal.cl/portal/url/item/71821af88f94fda7e04001011f0164f3.pdf>

de su situación migratoria y la de sus padres, tutores o representantes legales. Además, ordena la inscripción de los NNA migrantes que se encuentran en situación migratoria irregular en los establecimientos de atención primaria de salud. Esta medida se encuentra contenida en la Resolución Exenta N° 1.914, de 2008, del Departamento de Extranjería y Migración¹⁰⁷, y corresponde a un convenio de colaboración entre el Ministerio del Interior y el Ministerio de Salud y está complementado por el Oficio Ordinario A-14 N° 3.229, de junio de 2008, del Ministerio de Salud¹⁰⁸.

iii. Acceso a la atención de salud a personas migrantes carentes de documentos oficiales

Esta medida indica que los establecimientos integrantes del Sistema Público de Salud brindarán las atenciones y prestaciones de salud a los extranjeros que se encuentren en Chile en calidad de inmigrantes y no cuenten con otro derecho a atención de salud, que carezcan de documentos o permisos de permanencia, en los siguientes casos: (1) Mujeres durante el embarazo, el parto y post parto hasta los doce meses desde éste; (2) Niños hasta los dieciocho años de edad, todas las prestaciones de salud que requieran, incluidas las del programa de apoyo al desarrollo biopsicosocial y las del programa de apoyo al recién nacido; (3) Casos de urgencia médica y (4) Prestaciones de salud pública: métodos de regulación de

¹⁰⁷ Chile. Departamento de Extranjería y Migración. Resolución Exenta, de 9 de abril de 2008. http://www.extranjeria.gob.cl/filesapp/R.E%20N_1914_MINSAL.pdf

¹⁰⁸ Chile. Ministerio de Salud. Oficio Ordinario N° A-14 3.229, de 11 de junio de 2008. http://www.extranjeria.gob.cl/filesapp/Of_%203229_MINSAL.pdf

la fertilidad incluida la anticoncepción de emergencia, vacunas, atención de enfermedades transmisibles y educación sanitaria. Es importante destacar que esta norma separa el derecho a la atención de salud de la tramitación de permisos de residencia, con el fin de evitar que la tramitación de permisos sea una barrera de acceso para el ejercicio del derecho a la salud. Estas medidas se encuentran contenidas en la Circular A 15 N°06, de junio de 2015, del Ministerio de Salud¹⁰⁹.

2.2 Normativa específica relativa a la educación de los niños, niñas y adolescentes migrantes

i. Acceso al sistema público de educación para niños, niñas y adolescentes migrantes

Convenio que facilita y promueve la incorporación a los diversos establecimientos de educación general básica y media a todos los hijos de migrantes que residen en Chile, con independencia de su situación migratoria. A través de este Convenio, se determina que el DEM entregará permisos de residencia en condición de estudiante titular a todos los niños migrantes que se encuentran en situación migratoria irregular, que fundamenten su solicitud en una matrícula definitiva o provisoria, emanada de un establecimiento educacional reconocido por el Estado. Corresponde a una medida conjunta entre el DEM y el Ministerio de Educación y se encuentra contenido en el Oficio Circular N°1.179, de enero de 2003, del

¹⁰⁹ Chile. Ministerio de Salud. Circular N° A-15 06, de 9 de junio de 2015. <http://www.saludarica.cl/wp-content/uploads/2016/12/15-migrantes-circular-A15-06-ministerio-de-salud-para-descarga.pdf>

Departamento de Extranjería y Migración¹¹⁰, el cual se encuentra complementado con el Oficio Circular N° 6.232 de mayo de 2003 del Departamento de Extranjería y Migración¹¹¹, y con el Oficio Ordinario N°07/1008 (1531) de agosto del año 2015 del Ministerio de Educación¹¹², el cual entrega instrucciones sobre el ingreso, permanencia y ejercicio de los derechos de los alumnos migrantes en los establecimientos educacionales que cuentan con reconocimiento oficial del Estado.

ii. Acceso de niños y niñas migrantes a la educación parvularia

Este Convenio de colaboración señala que la Junta Nacional de Jardines Infantiles (JUNJI) deberá tomar las medidas que correspondan para facilitar el ingreso a sus programas de educación parvularia a hijos e hijas de familias migrantes. Indica, además, que el DEM regularizará la situación migratoria de aquellos niños hijos de migrantes en condición migratoria irregular que se encuentren matriculados en algún establecimiento de la red de educación parvularia dependiente de la JUNJI. La medida se encuentra establecida en la Resolución exenta N° 6.677, de diciembre de 2007, del Departamento de Extranjería y Migración¹¹³.

¹¹⁰ Chile. Departamento de Extranjería y Migración. Oficio Circular N° 1.179, de 28 de enero de 2003. <http://www.extranjeria.gob.cl/filesapp/Oficio%20Circular%201179.pdf>

¹¹¹ Chile. Departamento de Extranjería y Migración. Oficio Circular N° 6.232, de 26 de mayo de 2003. <http://web.minsal.cl/portal/url/item/71821af88f94fda7e04001011f0164f3.pdf>

¹¹² Chile. Ministerio de Educación. Oficio Ordinario N°07/1008(1531), de 4 de agosto de 2015. http://www.extranjeria.gob.cl/filesapp/Of_07_1008_MINEDUC.pdf

¹¹³ Chile. Departamento de Extranjería y Migración. Resolución Exenta N° 6.677, de 20 de noviembre de 2007. http://www.extranjeria.gob.cl/filesapp/R.E%20N_%206677%20JUNJI.pdf

2.3 Normativa específica relativa al sistema de protección de derechos de niños, niñas y adolescentes migrantes

i. Acceso de niños, niñas y adolescentes migrantes a la red de protección de la infancia

El DEM, en conjunto con el Servicio Nacional de Menores, celebraron un convenio de colaboración, en el cual se establece que se tomarán todas las medidas institucionales necesarias para facilitar el ingreso oportuno al sistema de protección especial de infancia y adolescencia a los hijos e hijas de migrantes y/o refugiados vulnerados en sus derechos o infractores de Ley, cualquiera sea su condición migratoria. Este convenio establece, además, que el SENAME apoyará al DEM en lo relativo a la gestión para la resolución de residencia de aquellos NNA que no se encuentren acompañados por sus padres, tutores o adultos responsables en el país y también respecto de los NNA se encuentren en proceso de adopción. Estas medidas están contenidas en la Resolución Exenta N° 10.654, de marzo de 2010, del Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior¹¹⁴.

Además, el DEM celebró en el año 2014 con el SENAME, una iniciativa complementaria a aquella que facilita el acceso a la red de protección a la infancia. Esta nueva iniciativa dice relación con el reconocimiento de la condición de refugiados a NNA, y tiene por objetivo responder a las especiales condiciones de vulnerabilidad que presentan los NNA solicitantes de refugio, asumiendo las

¹¹⁴ Chile. Departamento de Extranjería y Migración. Resolución Exenta N° 10.059, de 28 de diciembre de 2009. http://www.extranjeria.gob.cl/filesapp/R.E%20N_10654%20SENAME.pdf

autoridades de protección de la infancia en Chile, un rol de representación de los derechos e intereses de los NNA ante las autoridades migratorias¹¹⁵.

2.4 Normativa específica relativa a la prohibición de sanciones en contra de niños, niñas y adolescentes migrantes

i. Exención de sanciones administrativas a niños, niñas y adolescentes migrantes

A través de esta norma el DEM instruye a los Intendentes Regionales y a los Gobernadores Provinciales sobre la eliminación de aplicación de sanciones a NNA en el contexto migratorio. Indicando que es responsabilidad de los padres, guardadores o adultos a cargo de algún NNA, gestionar los trámites para regularizar la situación migratoria de éstos, por lo que no corresponde sancionar a ninguna persona menor de edad por infracción a la Ley de extranjería o su reglamento. A su vez, aclara que tampoco podrá sancionarse a los padres o adultos responsables por las infracciones a las normas migratorias cometidas por algún NNA, pues la Ley de extranjería no contempla tales sanciones. Por último, señala que, en ningún caso, ni en ninguna circunstancia se debe sancionar a un menor de edad con la medida de expulsión del país. Todo lo anterior basado en los principios contenidos en la

¹¹⁵ Acuerdo de Colaboración entre el Ministerio del Interior y Seguridad Pública y SENAME, de 26 de febrero de 2014. Este Convenio no se encuentra publicado en los portales de búsqueda del Ministerio del Interior y seguridad pública, ni tampoco del SENAME u otro portal oficial del Estado. Sin embargo, a través de una solicitud de información por la Ley 20.285. Solicitud N° AB001W0007292 fue obtenido este documento.

CDN. Esta normativa se encuentra establecida en la Circular N° 30.722, de 10 de septiembre de 2014, del Departamento de Extranjería y Migración¹¹⁶.

2.5 Normativa específica relativa a la permanencia en el país de niños, niñas y adolescentes migrantes

i. Visa temporaria para niños, niñas y adolescentes

Dentro de las acciones contenidas en el programa “Chile te recibe”, promovido por el Gobierno de Michelle Bachelet, dirigido a las personas migrantes, se anunció, en el mes de julio de 2017, la creación de un visado gratuito especial para niños y adolescentes migrantes, el cual les permitirá acceder a prestaciones de salud y beneficios en educación. Como requisito para obtener este visado solo se exige que el NNA tenga un certificado de nacimiento legalizado en Chile, independiente de la situación migratoria de los padres. Esta normativa entraría en vigencia durante el segundo semestre del año 2017 y el gobierno ya ha anunciado que al menos 12.311 NNA extranjeros han podido regularizar su situación migratoria¹¹⁷.

¹¹⁶ Chile. Departamento de Extranjería y Migración. Circular N° 30.722, de 10 de septiembre de 2014. Este convenio no se encuentra publicado en los portales de búsqueda del Ministerio del Interior y seguridad pública, ni en otro portal oficial del Estado. Sin embargo, a través de una solicitud de información por la Ley 20.285, Solicitud N° AB001W0007445 fue obtenido este documento.

¹¹⁷ Gobierno de Chile. Ministerio del Interior. Plan de acción migrante <http://www.planmigrantes.gob.cl/noticias/12311-ninos-ninas-y-adolescentes-extranjeros-ya-regularizaron-su-situacion-migratoria-en-chile/>

En lo relacionado a la normativa específica acerca de protección a la niñez migrante en las distintas áreas revisadas, es posible concluir que se evidencia una falta de orden y sistematización en la materia, así como también una falta de publicidad de algunas normas, lo que genera desconocimiento de las mismas por parte de aquellos funcionarios del Estado que deben aplicarlas. Cabe también criticar el rango infra legal de las normas a través de las cuales se ha intentado dar respuesta a las situaciones más urgentes. Así, estas Circulares y Resoluciones podrán ser modificados o eliminados fácilmente, pues dependerán del gobierno de turno y su postura frente a la migración, dando inestabilidad a la situación actual de los NNA. Con todo lo anterior, se puede comprobar que hasta el día de hoy no existe una política pública clara a nivel país respecto a la postura que Chile tomará en el tema migratorio en general, ni menos en el tema específico de protección de los derechos de los NNA migrantes.

3. Problemas que afectan los derechos de los niños, niñas y adolescentes migrantes en Chile derivados de la actual legislación migratoria

Según lo estudiado en el apartado anterior, es importante reconocer que, si bien existen intentos por parte de la administración del Estado para asegurar el ejercicio de determinados derechos de los NNA migrantes, también es posible observar que estos avances se basan en políticas públicas focalizadas que buscan resolver determinados problemas que viven a diario los NNA migrantes relativos,

principalmente, al acceso a servicios básicos. Por tanto, estos esfuerzos hechos por la administración buscan paliar la falta de una legislación migratoria actualizada, basada en un enfoque de derechos; y lo que se ha conseguido es un conjunto fragmentado de disposiciones dirigidas a salvaguardar los derechos de los NNA migrantes, caracterizada por una falta de coordinación entre los sectores públicos y por la falta de información tanto para los migrantes como para los funcionarios encargados de proporcionar atención y servicios básicos a este grupo de personas.

Otro punto crítico es el DL 1.094 que, como se ha señalado, no cuenta con una perspectiva de Derechos Humanos en relación al tema migratorio y, en específico, en relación a la infancia migrante. Así lo ha señalado el Consejo Nacional de la Infancia, que observa una “ausencia de la perspectiva de la infancia y de sus derechos en la actual normativa migratoria, por lo que la condición de niño no prevalece sobre la de migrante”¹¹⁸.

A lo anterior, se suma la inexistencia de estadísticas precisas en cuanto a la cantidad y situación de los NNA migrantes en nuestro país, problema que también ha sido cuestionado por las organizaciones de la sociedad civil dedicadas a la protección de las personas migrantes, quienes califican esta falta de información como un nudo crítico que “impide profundizar en el conocimiento, las características y diversidad de los niños, niñas y adolescentes migrantes, situación que contribuye

¹¹⁸ CONSEJO NACIONAL DE LA INFANCIA. 2016. Niñas, niños y adolescentes migrantes. Propuestas Mesa Técnica. [en línea] Santiago. p. 24. http://observatorioninez.consejoinfancia.gob.cl/wp-content/uploads/2016/04/4_Ninas_ninos_y_adolescentes_migrantes.pdf [consulta: 3 de marzo 2017].

a su invisibilización y dificulta la formulación, implementación y evaluación de políticas y programas dirigidos a la protección especial de los niños más vulnerables de este grupo social”¹¹⁹.

Estos son algunos de los problemas que el Estado chileno aún no ha podido hacer frente en materia de NNA migrantes y que lo mantiene incumpliendo los tratados internacionales de protección a los derechos de la infancia. A continuación, se revisará como se reflejan estos problemas en situaciones específicas, en las cuales se ven involucrados los NNA migrantes que llegan a vivir a nuestro país.

3.1 Falta de protección a los niños, niñas y adolescentes no acompañados o que viajan solos

Los niños que viajan solos, también denominados niños no acompañados, son una realidad creciente en muchas partes del mundo, como, por ejemplo, Estados Unidos o España. Estos niños, impulsados por sus familias o en búsqueda de una nueva realidad, viajan sin la compañía de un adulto responsable e, incluso, sin identificación ni documento alguno, con la esperanza de ser recibidos en otro país. En Chile, esta realidad no es común, pero es necesario tenerla en consideración y

¹¹⁹ CONSEJO NACIONAL DE LA INFANCIA. 2016. Niñas, niños y adolescentes migrantes. Propuestas Mesa Técnica. [en línea] Santiago. p. 27. http://observatorioninez.consejoinfancia.gob.cl/wp-content/uploads/2016/04/4._Ninas_ninos_y_adolescentes_migrantes.pdf [consulta: 3 de marzo 2017].

establecer una política clara al respecto, puesto que hoy en día la normativa que hace referencia a los niños que viajan solos no se basa en el respeto y protección que los NNA migrantes requieren.

Como se ha señalado anteriormente, la principal norma que rige la situación de los migrantes en el país, el DL N° 1.094, fue dictada bajo un contexto histórico y social que ponía énfasis en la seguridad nacional, más que en los derechos y libertades de las personas. Esta norma se caracteriza por su carácter policial y de control, y su principal objetivo consiste en “evitar la entrada de elementos peligrosos o terroristas que amenazaran a estabilidad nacional”¹²⁰. De este modo, en el artículo 16 de la Ley de Extranjería se hace referencia a los impedimentos respecto del ingreso de personas extranjeras bajo ciertas circunstancias, dentro de las cuales indica, en su numeral cuarto, a los “menores de 18 años que viajen sin ser acompañados de su padre, madre o guardador y carezcan de autorización escrita de uno de ellos o del tribunal competente, debidamente refrendada por autoridad chilena”¹²¹.

Así, el artículo 16 N° 4 del DL 1.094 indica que podrá impedirse el ingreso al país a personas menores de dieciocho años que no cuenten con la autorización requerida por la autoridad chilena. Esta norma, como podemos ver, no es prohibitiva, sino que deja a la discrecionalidad de los organismos de la administración del Estado la decisión de impedir o no el ingreso de menores de dieciocho años que se

¹²⁰ JENSEN María Florencia. Op. cit., p.116.

¹²¹ Chile. Ministerio del Interior. Decreto Ley N° 1.094 Establece normas sobre Extranjeros en Chile, 19 de julio de 1975. Artículo 16 N° 4.

encuentren en la situación indicada. Impedir el ingreso a estos NNA no acompañados vulnera gravemente sus derechos, principalmente, en lo relativo al derecho de los niños a recibir protección y asistencia especial por parte del Estado cuando se encuentran separados temporal o definitivamente de sus padres, tal como lo señala el artículo 20 de la CDN; además de exponerlos a graves peligros como el tráfico de personas y explotación sexual y/o de otro tipo.

Para establecer límites al ingreso de personas extranjeras, es necesario que exista una justificación proporcional y racional por parte de los Estados, tales como seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral pública, tal como lo indica el artículo 12.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en lo referente a la libre circulación de las personas. Sin embargo, el numeral cuarto del artículo 16 de nuestra Ley de extranjería no responde a ninguno de estos criterios para prohibir el ingreso a los NNA no acompañados.

La Observación General N° 6 del Comité de los Derechos del Niño, del año 2005, sobre trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera del país de origen, establece como obligaciones para los Estados que reciban niños en esta condición "(...) tomar todas las disposiciones necesarias para identificar a los menores en situación de no acompañados o separados de su familia lo antes posible, particularmente en la frontera, a procurar la localización y, si resulta posible y redundante en el interés superior del menor, reunir lo antes posible a éste con su familia"¹²².

¹²² COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. 2005. Observación general N° 6 Op. cit. párr. 13

A pesar de que la denegación de entrada de un niño no acompañado al país no se encuentra prohibida por el Derecho Internacional, podemos señalar que esta actuación no es acorde con los deberes asumidos por el Estado chileno al ratificar tratados de derechos humanos relativos a la protección de los derechos del niño y de las personas migrantes. En este tipo de situaciones debiese operar una protección especial con el fin de localizar a la familia y procurar su reunión y, mientras esto ocurre, el Estado tendría que recibir a este niño y mantenerlo bajo su cuidado.

Haciendo un análisis de derecho comparado, se puede señalar que en aquellos países en los cuales el ingreso de NNA no acompañados se ha convertido en una realidad constante, ha sido necesario establecer protocolos, leyes y acciones determinadas, respecto a qué hacer ante un NNA que se encuentra solo y sin el cuidado de un adulto responsable al momento de su ingreso al país. Algunas de estas medidas se encuentran más acordes con los dictados de la CDN que otras, dependiendo en cada caso de la postura que tenga el país receptor ante la migración.

En España, el ingreso de NNA migrantes no acompañados ha sido constante y ha ido en aumento desde mediados de los años noventa. A pesar de que las cifras de NNA no acompañados no son claras por falta de disponibilidad de información, se puede afirmar que “el número de menores no acompañados acogidos al sistema de protección ha incrementado entre los años 1994- que es cuando comienza a

detectarse el problema en España- hasta 2007, pasando de 83 a 6.475”¹²³. La Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social¹²⁴ contempla en su articulado a los NNA no acompañados y establece determinados derechos y garantías específicas para este grupo especialmente vulnerable, refiriéndose a ellos en su artículo 35. Al respecto, cabe destacar lo siguiente:

La norma establece que, si existe alguna dificultad para determinar la minoría de edad de una persona, se le dará, por los servicios competentes de protección de menores, la atención inmediata que precise. El hecho se pondrá en conocimiento inmediato del Ministerio Fiscal, que dispondrá la determinación de su edad, para lo que colaborarán las instituciones sanitarias que realizarán las pruebas necesarias. Con ello podemos observar que, ante la duda, se le dará trato como un menor de edad hasta que se demuestre lo contrario.

Una vez determinada la edad de la persona en cuestión, y si se tratase de un menor de edad, el Ministerio Fiscal lo pondrá a disposición de los servicios competentes de protección de menores de la Comunidad Autónoma en la que se encuentre. La Administración del Estado solicitará informe sobre las circunstancias familiares del NNA. Posteriormente, el Estado deberá resolver acerca del retorno del NNA a su

¹²³ ARRIOLA Maite y VIDAL José Ignacio. Op. cit. p. 181

¹²⁴ España. Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-544>.

país de origen, a aquel donde se encontrasen sus familiares o, en su defecto, su permanencia en España.

La decisión acerca de la repatriación de un NNA debe encontrarse debidamente justificada y basada en el interés superior del niño. Previo a resolver, se deben cumplir las siguientes garantías: a) escuchar al NNA si tuviese suficiente juicio; b) contar con un informe de los servicios de protección de menores; y c) contar con un informe del Ministerio Fiscal.

A los NNA mayores de dieciséis y menores de dieciocho años se les reconocerá capacidad para actuar en el procedimiento de repatriación, pudiendo intervenir personalmente o a través del representante que designen. Y, cuando se trate de NNA menores de dieciséis años, con juicio suficiente, que hubieran manifestado una voluntad contraria a la de quien ostenta su tutela o representación, se suspenderá el curso del procedimiento, hasta el nombramiento del defensor judicial que les represente.

Si se determina que lo mejor para el NNA es la permanencia en España, la Ley establece que se otorgará al NNA una autorización de residencia, cuyos efectos se retrotraerán al momento en que hubiere sido puesto a disposición de los servicios de protección de menores. Sin embargo, la ausencia de autorización de residencia no impedirá el reconocimiento y disfrute de todos los derechos que le correspondan por su condición de menor de edad. Además, la norma indica que la concesión de una autorización de residencia no será obstáculo para una posible posterior repatriación cuando favorezca su interés superior.

Como se puede observar, España ha dedicado esfuerzos en regular la situación de aquellos niños migrantes no acompañados que llegan a sus fronteras, ofreciendo un marco normativo de protección, el cual debe encontrarse en constante actualización, pues las oleadas de NNA migrantes no acompañados aumentan año a año, lo que somete a una fuerte presión incluso a los Estados más preparados. Lo anterior no significa que el tema se encuentre completamente resuelto o no se encuentre exento de críticas provenientes de las organizaciones defensoras de derechos humanos, por posibles vulneraciones en el proceso que enfrentan los NNA migrantes, pero debe destacarse que al menos se cuenta con un protocolo claro de actuación ante este tipo de situaciones.

Otra situación es la que viven los NNA no acompañados que se trasladan miles de kilómetros con el fin de llegar a Estados Unidos, sometidos posiblemente durante el viaje a graves situaciones de abusos, miedo y violencia. Al respecto, “se ha documentado toda clase de abusos, como extorsión, violaciones sexuales, violencia física, secuestros, mutilaciones, prostitución, obligación para transportar drogas para traficantes e, incluso, asesinatos”¹²⁵. Estos niños, provenientes principalmente desde Centroamérica y de México, intentan llegar Estados Unidos con el fin de buscar refugio, huir de la pobreza, e intentar reunirse con sus familias. De acuerdo con las cifras de UNICEF “en el primer semestre de 2016, casi 26.000 niños no acompañados y cerca de 29.700 personas que viajaban en familia –la mayoría mujeres con sus hijos pequeños– fueron detenidos en la frontera de los Estados

¹²⁵ RODRÍGUEZ María. 2017. Menores detenidos en la frontera: dónde están y qué esperar. [en línea] *Tough Co*. 30 marzo de 2017. <https://www.thoughtco.com/menores-detenidos-en-la-frontera-1965414> [consulta: 31 de agosto 2017].

Unidos”¹²⁶. Este aumento sostenido en el ingreso de personas migrantes a Estados Unidos en busca de una mejor vida, ha sido calificada como una crisis humanitaria por el ex presidente Barak Obama¹²⁷.

La Ley de Protección a las víctimas de trata de personas (*Trafficking Victims Protection Reauthorization Act*), corresponde al cuerpo normativo que se encarga de combatir el tráfico de personas, y establece las reglas para el tratamiento de NNA no acompañados. Esta Ley “dispone que los NNA no acompañados procedentes de países no limítrofes deben ser tratados con más protecciones para asegurar que no sean víctimas de trata de personas y/o no tengan "miedo creíble" de persecución en sus países de origen, ante cualquier intento de deportación”¹²⁸.

El proceso que enfrentan los NNA no acompañados, de países no limítrofes con Estados Unidos, puede resumirse de la siguiente manera: cuando la oficina de aduana y protección fronteriza detiene en la frontera a un NNA, lo traslada a una instalación de aprehensión. En este lugar deberá determinarse si el NNA cumple con la definición de un niño no acompañado¹²⁹. Si ese es el caso, se transportará al

¹²⁶ UNICEF. 2016. Sueños rotos: El peligroso viaje de los niños centroamericanos a los Estados Unidos. [en línea] p. 2 https://www.unicef.org/honduras/sue_os_rotos.pdf [consulta: 8 de agosto 2017].

¹²⁷ González Jaime. 2014. EE.UU. desbordado por la "crisis humanitaria" de los niños sin papeles. [en línea] BBC Mundo, 21 de junio 2014. http://www.bbc.com/mundo/noticias/2014/06/140620_eeuu_crisis_humanitaria_menores_indocumentsados_ig

¹²⁸ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 2015. Refugiados y migrantes en Estados Unidos: familias y niños no acompañados [en línea] párr. 184. <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2015/10236.pdf> [consulta: 8 de agosto 2017].

¹²⁹ De acuerdo con las leyes de Estados Unidos un NNA no acompañado será aquel que: (1) carece de status migratorio legal en Estados Unidos; (2) no ha cumplido 18 años; y (3) no tiene un padre o tutor legal en Estados Unidos, o ningún padre o tutor legal en Estados Unidos está disponible para proporcionarle cuidado y custodia. *Homeland Security Act of 2002*, 6 U.S.C. 279, Sec. 462 (g) (2).

NNA a la Oficina de Reasentamiento de Refugiados del Departamento de salud y servicios humanos, la que se encargará del cuidado del NNA no acompañado, mientras se está a la espera de una audiencia de inmigración.¹³⁰

Estos niños deben enfrentar un proceso de deportación ante un juez de inmigración. Es común que no les designe un abogado para que lo represente, debiendo, por regla general, el mismo niño exponer su caso. “Los datos indican que todos aquellos que no disponen de un abogado –cerca del 40%– tienen más posibilidades de ser deportados que quienes sí disponen de representación”¹³¹. Además, debido a la cantidad de casos que revisan estos tribunales, puede pasar bastante tiempo sin que los casos sean resueltos y durante ese periodo los niños carecen de cualquier tipo de estatus jurídico en Estados Unidos.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha manifestado reparos a las actuales condiciones del procedimiento judicial que deben enfrentar los NNA no acompañados. De este modo ha señalado que “La Comisión expresa su profunda preocupación por la ausencia de un requisito, ya sea en la ley o las políticas públicas, de considerar el principio del interés superior del niño en la decisión del juez de inmigración. Esta falta de incorporación del principio en las leyes que rigen los procedimientos migratorios es contraria a los derechos y principios establecidos

¹³⁰ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 2015. Op. cit., párr. 185 <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2015/10236.pdf> [consulta: 8 de agosto 2017].

¹³¹ UNICEF. 2016. Sueños rotos: El peligroso viaje de los niños centroamericanos a los Estados Unidos. [en línea] p. 10 https://www.unicef.org/honduras/sue_os_rotos.pdf [consulta: 8 de agosto 2017].

en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y el Sistema Universal de Derechos Humanos”¹³².

Como puede observarse, a diferencia de Chile, la realidad del ingreso de NNA migrantes no acompañados en otros países es recurrente y, por tanto, ha sido necesario establecer protocolos que permitan a las autoridades saber cómo actuar ante esta situación. A pesar de que las deportaciones siguen existiendo, de que muchas veces se vulneran una serie de derechos en el proceso migratorio de estos NNA no acompañados, los países han tenido que hacerse cargo del problema. Nuestro país se encuentra al debe en lo que respecta a la regulación acerca del ingreso de NNA migrantes no acompañados a nuestras fronteras, siendo la única norma que se refiere al tema aquella que permite a las autoridades prohibir el ingreso a aquellos NNA.

3.2 Vulneración del derecho a adquirir una nacionalidad al momento de nacer

Otra forma de diferenciación y discriminación que sufren los NNA migrantes, es aquella que los clasifica entre migrantes regulares e irregulares, lo que implica que su estatus migratorio determinará su acceso a ciertos derechos y garantías. En la peor de las situaciones, su calidad de migrante irregular o la situación de irregularidad de sus padres, impedirá que se les reconozcan determinados

¹³² COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 2015. Op. cit., Párr. 209.

derechos, entre ellos el derecho a tener una nacionalidad, lo que los puede convertir en niños apátridas.

A saber, la nacionalidad corresponde a la identificación jurídica que tiene una persona con un Estado determinado; “se trata de un vínculo recíproco, por cuanto importa el sometimiento del nacional al derecho y eventual competencia personal de un Estado por una parte, y el otorgamiento de la protección de ese Estado, por la otra”¹³³. Y, por su parte, una persona apátrida será “toda persona que no sea considerada como nacional suyo por ningún Estado, conforme a su legislación”¹³⁴. Si bien los Estados tienen la facultad soberana de establecer los requisitos para la adquisición y pérdida de nacionalidad, tal potestad se encuentra limitada por el derecho internacional de los derechos humanos y por los Tratados Internacionales ratificados por los países.

Se han establecido como elementos de la identidad de las personas el derecho a tener una nacionalidad, un nombre y en lo posible conoce a sus padres. Respecto al derecho a la identidad y su importancia se ha indicado que “este derecho asume la característica tanto de derecho humano como derecho fundamental y como derecho de la personalidad tutelado por instrumentos jurídicos de alto rango”¹³⁵.

¹³³ FUENTES Claudio, LAGOS Víctor, LAWSON Delfina, RODRÍGUEZ Macarena. 2016. 3.000 niños esperando su nacionalidad. La necesidad de contar con remedios colectivos para resolver vulneraciones individuales de derechos. En: Anuario de Derecho Público 2016. Ediciones Universidad Diego Portales. Santiago, Chile. p. 551.

¹³⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinión Consultiva N° 21, Op. cit., párr. 94.

¹³⁵ GÓMEZ DE LA TORRE Maricruz. 2013. El derecho a conocer los orígenes en la filiación adoptiva y por aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida. En: Técnicas de reproducción humana asistida. Desafíos del siglo XXI: Una mirada transdisciplinaria. Editorial Legal Publishing. Santiago, Chile. p. 230.

El derecho a la nacionalidad se encuentra consagrado en artículo 7.1 de la CDN, el cual establece que: “El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos”¹³⁶. Luego en el artículo 7.2 la CDN establece como obligación para los Estados velar por la aplicación de estos derechos de acuerdo a su normativa, en especial cuando de otro modo el niño resultara apátrida. Así mismo otros Tratados Internacionales de derechos humanos reconocen el derecho a adquirir una nacionalidad¹³⁷.

La condición de apátrida puede generarse por varias razones y ocasiona una condición de extrema vulnerabilidad. Se ha indicado por la doctrina que esta situación de especial vulnerabilidad se debe a que la persona apátrida “no cuenta con el reconocimiento jurídico que le permita desarrollar sus planes de vida, en igualdad de condiciones, como parte de una comunidad política¹³⁸, pues encontrarán impedimento en el acceso y goce de sus derechos. Lo que produce el fenómeno de la apatridia es que la persona “carece de una atribución que el derecho realiza a ellas, y es condición necesaria del ejercicio de otros derechos subjetivos”¹³⁹.

¹³⁶ Convención sobre los Derechos del Niño – UNICEF, Nueva York, 20 de noviembre 1989. Artículo 7.1

¹³⁷ Declaración Universal de Derechos Humanos Artículo 15 y Convención Americana de Derechos Humanos Artículo 20.

¹³⁸ INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. 2016. Situación de los Derechos Humanos en Chile, Informe Anual. [en línea]. p. 44. <https://www.indh.cl/bb/wp-content/uploads/2017/01/Informe-Anual-INDH-2016.pdf> [consulta: 18 de abril 2017].

¹³⁹ BENADRETTI Leonardo, JIMÉNEZ Felipe, ROJAS María Isabel, VERGARA Javier y TAPIA Abigail. 2013. Niños inmigrantes y derechos sociales. Crítica a la legislación chilena actual. En:

Por su parte, la Opinión Consultiva OC-21/14 de la Corte IDH señala que los Estados “tienen el deber de identificar, prevenir y reducir la apatridia, así como de proteger a la persona apátrida. Entre otras, los Estados tienen la obligación de no adoptar prácticas o legislación, respecto al otorgamiento de la nacionalidad, cuya aplicación favorezca el incremento del número de personas apátridas y conceder su nacionalidad a la persona nacida en su territorio, que de otro modo quedaría en condición de ser apátrida”¹⁴⁰.

Como vemos, el deber de los Estados de prevenir que una persona carezca de nacionalidad va más allá de la no adopción de una legislación que vaya en contra de este derecho, pues, de acuerdo a lo señalado por la Corte IDH, los Estados deben tomar las acciones necesarias para conceder la nacionalidad a las personas nacidas en su territorio que no podrán adquirir la nacionalidad de otro Estado. Así, “el Estado debe tener certeza respecto a que la niña o el niño nacida o nacido en su territorio, en forma inmediata después de su nacimiento, podrá efectivamente adquirir la nacionalidad de otro Estado, si no adquiere la nacionalidad del Estado en cuyo territorio nació”¹⁴¹.

En Chile, la regla general de adquisición de nacionalidad es el principio de *ius soli*, nuestra Constitución establece en su artículo 10 que son chilenos los nacidos en el

Centro de democracia y comunidad. Un Chile abierto: Propuestas para una nueva Ley de migración. Santiago. p. 108

¹⁴⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinión Consultiva N° 21, Op. cit., párr. 94.

¹⁴¹ Corte interamericana de Derechos Humanos. Caso de personas dominicanas y haitianas. Sentencia de 28 de agosto de 2014 En: FUENTES Claudio, LAGOS Víctor, LAWSON Delfina, RODRÍGUEZ Macarena. 2016. 3.000 niños esperando su nacionalidad. La necesidad de contar con remedios colectivos para resolver vulneraciones individuales de derechos. En: Anuario de Derecho Publico 2016. Ediciones Universidad Diego Portales. p. 553.

territorio de Chile. Sin embargo, la misma norma establece dos excepciones: los hijos de extranjeros que se encuentren en Chile en servicio de su Gobierno y los hijos de extranjeros transeúntes. De este modo, “quienes nacen en Chile mientras sus padres se encuentran bajo esas dos circunstancias, no adquieren de pleno derecho la nacionalidad chilena”¹⁴².

El problema con esta norma dice relación con que el artículo 10 de la Constitución no estableció el significado de “extranjero transeúnte”, y, debido a ello, durante años se incluyó dentro de esta categoría a los extranjeros que se encuentran en situación migratoria irregular; por tanto, sus hijos, a pesar de haber nacido en el país, no fueron inscritos como chilenos en el Servicio Nacional de Registro Civil e Identificación. Esta situación resultó vulneratoria para estos niños, sobre todo en aquellos casos en que tampoco pudieron ser inscritos con la misma nacionalidad que la de sus padres a causa de que la legislación del país de origen no contemplase el principio de *ius sanguinis*. De acuerdo con las cifras estimadas por Registro Civil, hasta el año 2016, “son 2.385 los casos de personas inscritas como “hijo de extranjero transeúnte” (HET) en Chile” ¹⁴³.

Con la inscripción de estos niños como de hijo de extranjero transeúnte se está desconociendo que la regla general de adquisición de nacionalidad en nuestro país es la de *ius soli*. Al respecto el Instituto de Derechos Humanos ha indicado que

¹⁴² AHUMADA Marcela. 2015. La nacionalidad de los hijos de extranjeros en situación migratoria irregular. [en línea] Diario Constitucional, 15 de septiembre de 2015. <http://www.diarioconstitucional.cl/articulos/la-nacionalidad-de-los-hijos-de-extranjeros-en-situacion-migratoria-irregular/> [consulta: 6 de abril 2017].

¹⁴³ Oficio ordinario N° 0614 del 14 de septiembre del 2016 del Registro Civil e Identificación

“debió haberseles reconocido su vínculo jurídico con Chile por el solo hecho de que su nacimiento fue en el territorio nacional, basados en el criterio del *ius soli*”¹⁴⁴.

El Estado, al calificar como extranjero transeúnte a las personas migrantes que se encuentran en situación migratoria irregular, y a sus hijos, está incumpliendo su obligación de prevenir situaciones de apatridia, vulnerando los derechos de igualdad y no discriminación. “Dicha vulneración constituye una gravísima afectación de los derechos fundamentales de niños y niñas, considerando que el derecho a la identidad constituye un presupuesto básico en el acceso a otros derechos fundamentales, como aquellos que le permiten ejercer su ciudadanía, así como acceder y ejercer derechos económicos, sociales y culturales”¹⁴⁵. Por otra parte, el desconocimiento de la nacionalidad a estos miles de niños y niñas cierra también la posibilidad a sus padres de acceder a la residencia temporaria por vínculo con chileno, que se encuentra contemplada en la Ley de migración.

Como se señaló más arriba, el problema del desconocimiento de nacionalidad a estos niños, se deriva de la errónea interpretación que realizó la autoridad administrativa del concepto “extranjero transeúnte” durante años. A continuación, se revisará como esta interpretación ha ido variando en el tiempo.

Previo al año 1995, el factor que permitía distinguir entre entre extranjeros transeúntes y no transeúntes era el de permanencia. Se entendía por “transeúntes” a aquellos extranjeros que no tenían un año de permanencia continuada en el país

¹⁴⁴ INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. Op. cit., p. 49.

¹⁴⁵ BENADRETTI Leonardo, JIMÉNEZ Felipe, ROJAS María Isabel, VERGARA Javier y TAPIA Abigail. Op. cit., p. 109.

y como “no transeúntes”, a aquellos que tuviesen una permanencia continuada igual o superior a un año en el país. “Se exigía a los padres un tiempo de avecindamiento en el país igual o superior a un año –anterior al nacimiento del niño o niña- para considerar al niño como chileno o chilena”¹⁴⁶.

A partir del año 1995, este criterio cambió, y el Ministerio del Interior, en el oficio N° 6.241, de 25 de octubre de 1995, “fijó su posición respecto a la inscripción de nacimiento de hijos de extranjeros ilegales y regulación jurídica de los hijos de extranjeros transeúntes”¹⁴⁷; y señaló que “a su juicio, interpretándolo en su sentido natural y obvio, extranjeros transeúntes son aquellos que se encuentran en el país en una situación de residencia transitoria, como los turistas o tripulantes, o en forma irregular en el territorio nacional”¹⁴⁸.

Esta interpretación se mantuvo hasta el año 2014, cuando las autoridades administrativas dieron un primer paso para corregir la vulneración de derechos que hasta la fecha habían sufrido los niños migrantes, hijos de extranjeros que se encuentran asentados en Chile en situación migratoria irregular. Así, el Ministerio del Interior y Seguridad Pública indicó, en el oficio N° 27.601, de 14 de agosto de 2014 que las únicas situaciones en que una persona nacida en territorio nacional puede ser considerada en la condición de hijo de extranjero transeúnte, es en los casos en que ambos progenitores tienen la calidad migratoria de turista o tripulante

¹⁴⁶ FUENTES Claudio, LAGOS Víctor, LAWSON Delfina, RODRÍGUEZ Macarena. Op. cit. p. 554.

¹⁴⁷ RODRÍGUEZ, Macarena y VALDÉS, Delia. 2015. Nacionalidad en la jurisprudencia de la Corte Suprema. Dirección de estudios de la Corte Suprema [en línea] <http://decs.pjud.cl/index.php/informes-academicos-migrantes/134-nacionalidad-en-la-jurisprudencia-de-la-corte-suprema> p. 3

¹⁴⁸ FUENTES Claudio, LAGOS Víctor, LAWSON Delfina, RODRÍGUEZ Macarena. Op. cit. p. 554.

según la normativa migratoria. Así, el Ministerio del Interior y Seguridad Pública “reconoció que la interpretación administrativa que se utiliza desde el año 1995 no era la correcta”¹⁴⁹.

Este cambio de criterio no se produjo solo, sino que a partir de los llamados de atención y acciones de la sociedad civil, la comunidad académica y también la comunidad internacional respecto a la injusta situación que sufrían en Chile este grupo de migrantes. La principal vía utilizada para hacer frente a este problema fue la utilización de la acción de reclamación de nacionalidad, contemplada en el artículo 12 de la Constitución Política de la República. De este modo, las clínicas jurídicas especializadas en migración de la Universidad Diego Portales y Alberto Hurtado, junto con la Oficina de Derechos Humanos de la Corporación de Asistencia Judicial, fueron los principales encargados de interponer estas acciones ante la Corte Suprema, la cual sostuvo, de manera reiterada, que el sentido natural y obvio del concepto extranjero transeúnte permite comprender en él a los turistas y tripulantes, pero no a aquellas personas que tienen un ánimo de permanencia demostrado en el país.

Como se puede observar, durante años existió una fuerte oposición entre la postura del ejecutivo y la Corte Suprema de nuestro país, en cuanto a este tema, así como la de sostener una visión basada en la protección de los derechos humanos de las personas migrantes, siendo el máximo tribunal pionero en respetar y aplicar los tratados internacionales ratificados por Chile. De este modo “se evidenció una falta

¹⁴⁹ FUENTES Claudio, LAGOS Víctor, LAWSON Delfina, RODRÍGUEZ Macarena. Op. cit. p. 557.

de consenso entre los mismos poderes del Estado, al contar por un lado con sentencias de la Corte Suprema acorde a estándares de derechos humanos y, por otro, los decretos del Ejecutivo que orientaban en sentido contrario, los que se mantuvieron vigentes hasta el año 2014”¹⁵⁰.

A partir de este cambio de criterio de los órganos administrativos del Estado, algunas personas han utilizado la vía administrativa para solicitar el reconocimiento de la nacionalidad chilena. Sin embargo, este procedimiento tampoco ha sido ocupado ampliamente por los afectados, debido a las mismas razones de desconocimiento y dificultad de acceso.

De lo recién expuesto se debe inferir que, en la actualidad, los hijos de extranjeros que nacen en Chile adquieren la nacionalidad chilena, a pesar de la situación migratoria de sus padres y sólo se consideran extranjeros transeúntes o de paso a “los turistas y tripulantes, pudiendo inscribirse como chilenos los hijos de residentes temporarios, de residentes sujetos a contratos, de residentes estudiantes, de refugiados y de asilados”¹⁵¹.

Si bien este cambio de criterio ha significado un importante avance en materia de protección de derechos de los NNA, se debe señalar que el oficio dictado en el año 2014, no deja sin efecto los actos realizados con anterioridad y, por tanto, no resuelve la situación de aquellos niños que ya estaban inscritos como hijos de

¹⁵⁰ INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. Op. cit., p. 50.

¹⁵¹ AHUMADA, Marcela. 2015. La nacionalidad de los hijos de extranjeros en situación migratoria irregular. [en línea] Diario Constitucional. 15 de septiembre de 2015. <<http://www.diarioconstitucional.cl/articulos/la-nacionalidad-de-los-hijos-de-extranjeros-en-situacion-migratoria-irregular/>> [consulta: 6 de abril 2017].

extranjeros transeúntes y que como consecuencia se le ha vulnerado su derecho a la nacionalidad. Y, hasta la actualidad, el Estado chileno no ha realizado acciones para reparar de manera colectiva la vulneración de derechos que cometió durante tantos años.

3.3 Vulneración del derecho de acceso a la educación

El derecho a la educación y el acceso de los NNA migrantes al sistema educativo chileno, ha sido un tema de constante preocupación, principalmente, porque el Estado tiene el deber de garantizar este derecho a todas las personas que se encuentren en el territorio nacional (Artículo 19 N°10 de la Constitución). Tal obligación también se deriva de aquellos instrumentos internacionales de Derechos Humanos ratificados por Chile.

La actual Ley de extranjería no se refiere específicamente al derecho de acceso a la educación y, por tanto, la administración ha intentado solucionar este vacío a través de la dictación normas infra legales que aseguren el ingreso de los NNA migrantes al sistema escolar, con independencia de su situación migratoria o la de sus padres. Sin embargo, tal como ocurre con las situaciones anteriores, estos avances continúan siendo soluciones de emergencia y persisten en el tiempo dificultades no superadas, que se han evidenciado en diversas discusiones acerca de la temática de infancia y migración.

El primer paso que deben dar los NNA migrantes para acceder al sistema educativo es realizar el trámite para obtener una matrícula provisoria y, para ello, deben solicitar una autorización en el Departamento Provincial del Ministerio de Educación. Una vez obtenida esta matrícula provisoria, podrán ser considerados alumnos regulares. Esta matrícula tiene una duración de tres meses, por lo que en ese periodo se debe iniciar la tramitación de una visa o permiso de residencia en condición de estudiante titular. Como es posible observar, el acceso al sistema educativo para los niños migrantes va de la mano con una serie de trámites, que pueden verse demorados por la falta de información y de concientización a los funcionarios encargados de asegurar el ejercicio de este derecho, incumplándose la igualdad de condiciones en el acceso al derecho a la educación.

Otro obstáculo que fue corregido durante el año 2016 es aquel referido a los niños con RUT provisoria o también llamados “niños RUT 100”. Los “niños RUT 100” son aquellos estudiantes migrantes que son admitidos en el sistema escolar, pero su derecho a la educación y una serie de beneficios escolares están condicionados a la obtención de un RUT definitivo. De este modo, los niños que no tenían su situación migratoria regularizada no podían acceder a beneficios como becas de alimentación, tarjeta nacional estudiantil, inscripción para la prueba de selección universitaria y, más grave aún, no podían obtener su certificado de estudios del Ministerio de Educación, por lo que su trayectoria escolar no era reconocida.

Esta situación fue denunciada por las instituciones dedicadas a la promoción y protección de derechos de los NNA migrantes y, a partir de este llamado de atención, la Subsecretaría de Educación dictó el oficio ordinario N° 894, de fecha 16

de noviembre de 2016, que actualizó las instrucciones sobre el ingreso, permanencia y ejercicio de los derechos de estudiantes migrantes en los establecimientos educacionales que cuentan con reconocimiento oficial. Este documento establece que, desde enero del año 2017, el Ministerio de Educación entregará a todo migrante que no cuente con Cédula de Identidad chilena y que quiera incorporarse al sistema escolar, un Identificador Provisorio Escolar (IPE), el cual reemplaza al denominado “RUT 100”. Este IPE es un número único, por lo cual, si el estudiante se cambia de colegio o ciudad lo mantendrá hasta que tenga regularizada su situación migratoria. Además, permite acceder a una matrícula definitiva, a pesar de no tener cédula de identidad. Con este identificador, los jóvenes extranjeros podrán inscribirse para rendir la prueba de selección universitaria, extendiendo este beneficio a aquellos alumnos que egresaron de algún colegio entre el 2009 y el 2015. La nueva normativa también establece que en el caso que un estudiante no pueda convalidar estudios, por no tener antecedentes escolares o por no existir un convenio con su país, el establecimiento realizará un examen para definir el curso de ingreso del estudiante en un período no mayor a tres meses desde su incorporación.

Si bien la eliminación del RUT 100 es un avance importante para los NNA migrantes en lo que respecta a su acceso a la educación, aún falta mucho camino por recorrer para garantizar universalmente este derecho y hacer efectivo su ejercicio, cuestión que dice relación con el establecimiento de una política integral encaminada a proteger los derechos de los NNA migrantes. Respecto a este tema, el Director del Servicio Jesuita Migrantes ha reconocido como positiva esta acción del Estado; pero

también la ha considerado como insuficiente, estableciendo que: “Es deber del Estado chileno garantizar el goce efectivo del derecho a la educación de todo niño, niña y adolescente que habite en su territorio, pero además garantizar una niñez que pueda ejercerse plenamente no solo dentro del ámbito escolar, sino también en todos los espacios de la vida social. Para ello el IPE es insuficiente: los niños, niñas y adolescentes requieren soluciones definitivas, intersectoriales y respetuosas de los derechos humanos”¹⁵².

Se debe considerar, además, el gran desconocimiento que existe por parte de los funcionarios de los colegios para otorgar el acceso al sistema escolar a los NNA migrantes, pues muchas veces exigen más documentación que la establecida por la normativa chilena.

Es posible concluir, una vez conocido el panorama actual de la normativa legal y reglamentaria respecto de la migración en Chile, que se requiere un cambio estructural, partiendo por la Ley de Extranjería y su énfasis en la seguridad del Estado más que en la protección a grupos vulnerables como lo son los NNA migrantes. “Las regulaciones legales y reglamentarias en materia de migración presentan uno de los mayores desafíos para el respeto adecuado de los derechos de los NNA migrantes. Esto porque, bajo la pretendida aplicación igualitaria de las reglas, se termina obviando la situación específica de NNA migrantes que, por sus

¹⁵² YAKSIC Miguel. 2016. Servicio Jesuita Migrante plantea desafíos pendientes en derecho a la educación de niños migrantes. Revista acceso a la justicia. Migrante. N° 1. [en línea] Dirección de Asuntos Internacionales y Derechos Humanos de la Corte Suprema. p. 27 http://www.pjud.cl/documents/396533/0/Revista_digital-min.pdf/86753486-2974-4366-a6e7-06821222540f [consulta: 10 de agosto 2017].

especiales condiciones, merecen una consideración específica”¹⁵³. Lo anterior junto al establecimiento de una política pública integral con enfoque de derechos, que se adecue a las necesidades actuales de estos niños.

¹⁵³ LOVERA, Domingo. Op. cit. p. 33.

CAPÍTULO III. EL ROL DE LOS TRIBUNALES NACIONALES E INTERNACIONALES EN LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES MIGRANTES

1. Niños, niñas y adolescentes migrantes y el acceso a la justicia

A los miembros del Poder Judicial de cada Estado les corresponde la importante labor de impartir justicia y, por tanto, cumplen un rol sustancial en la garantía y protección de los derechos de las personas. Tienen los jueces, además, el deber de velar por la correcta aplicación de la Ley en el caso concreto, así como también de ponderar entre principios jurídicos que a primera vista pueden ser igualmente aplicables, y de hacer efectivos los Tratados de Derechos Humanos a los que los países se han comprometido a respetar. Para las personas migrantes, el poder acceder a los tribunales en busca de justicia se vuelve imprescindible, considerando su especial situación de vulnerabilidad y la dificultad que se les presenta para poder ejercer derechos básicos, los que debiesen estar asegurados a todas las personas.

El derecho de acceso a la justicia, además de ser un derecho fundamental por sí mismo, es un medio para solicitar el restablecimiento del ejercicio de otros derechos. La garantía que otorgan los Estados relativa al acceso a la justicia tiene una importancia que va más allá de una declaración de principios, en la cual se establece que todas las personas, sin distinción alguna, tendrán derecho a reclamar

por la vulneración o amenaza del ejercicio de sus derechos. Para que el derecho de acceso a la justicia se materialice es necesario que existan determinados elementos, tales como contar con asistencia letrada, ser sometido a un proceso justo y racional y ser juzgado por tribunales legalmente establecidos.

En el caso de las personas migrantes, las barreras para acceder a la justicia son mayores que para los nacionales; entre ellas podemos encontrar el idioma, el desconocimiento de la Ley y del procedimiento, carencias económicas, falta de información respecto a dónde acudir, plazos muy acotados para interponer recursos, entre otras limitaciones. “Esta situación propicia que las personas migrantes y sujetas de protección internacional sean blanco de una gran cantidad de violaciones a derechos humanos y que éstas queden impunes”¹⁵⁴. Debe considerarse, además que, en el común de las ocasiones, la condición de migrante viene acompañada con otras situaciones de vulnerabilidad como edad, género o raza.

Las autoridades nacionales están al tanto esta situación y conocen las barreras del acceso a la justicia para este grupo de personas, y es así como los organismos del Estado, en conjunto con miembros del Poder Judicial, han llevado a cabo mesas de trabajo en las cuales se han realizado importantes declaraciones destinadas a ejecutar esfuerzos conjuntos para hacer efectivo este derecho a las personas

¹⁵⁴ DIRECCIÓN DE ASUNTOS INTERNACIONALES Y DERECHOS HUMANOS DEL PODER JUDICIAL. 2012. Apartado sobre personas migrantes y sujetas de protección internacional [en línea]. Santiago, Chile. p. 167. <http://servicios.poderjudicial.cl/DAI/pdf/publicaciones/migrantes.pdf> [consulta: 12 de julio de 2017].

migrantes. De este modo, se ha indicado que: “A los actores del sistema de justicia (...) les corresponde verificar si dentro de cualquier procedimiento al que están sujetas personas migrantes se les garantizan derechos específicos, como el derecho a la información, asistencia legal, defensa pública y derecho a un intérprete”¹⁵⁵ y, en específico, respecto de los NNA migrantes y el acceso a la justicia se ha señalado que: “se les reconoce una especial tutela de los órganos del sistema de justicia, en consideración a su desarrollo evolutivo. Esta protección especial se fundamenta en que su participación en un proceso judicial no se realiza en las mismas condiciones que un adulto. Por ello, tiene que estar adaptado a sus necesidades y ser accesible para ellos”¹⁵⁶.

El Poder Judicial cuenta con instrumentos jurídicos específicos relacionados con el aseguramiento del derecho de acceso a la justicia, pues debido a su importancia, este derecho ha sido tenido en cuenta en los contextos de encuentro internacionales de los actores miembros de la comunidad judicial de diversos países. En el año 2008, fueron ratificadas las Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, en el contexto de la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana. Dentro de estos grupos vulnerables se incluyó la categoría de las personas migrantes, respecto de quienes se señala: “El desplazamiento de una persona fuera del territorio del Estado de su nacionalidad puede constituir una causa

¹⁵⁵ MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES, DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA Y OTROS. 2016. Boletín Estadístico Nº2 Mesa Interinstitucional de acceso a la Justicia de migrantes y extranjeros. [en línea]. Santiago, Chile. p. 20. www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/archivo?id=28596&pid=204&tid=1&d=1 [consulta: 12 de julio de 2017].

¹⁵⁶ *Ibíd.*, p. 20.

de vulnerabilidad, especialmente en los supuestos de los trabajadores migratorios y sus familiares”¹⁵⁷. Del mismo modo, el Protocolo Iberoamericano de Actuación Judicial para mejorar el acceso a la justicia de las personas y grupos en condiciones de vulnerabilidad, con especial énfasis en justicia con enfoque de género¹⁵⁸, adoptado el año 2014, en la XVII Cumbre Judicial Iberoamericana realizada en Chile, el cual “pretende aportar criterios jurisprudenciales con enfoque en los derechos humanos, y dicta recomendaciones para jueces y juezas, y la comunidad judicial”¹⁵⁹. Este protocolo cuenta con un apartado especial dirigido a personas migrantes y sujetas de protección internacional, así como también con un apartado destinado a los NNA. Nuestra Corte Suprema ha adoptado el compromiso de difundir a los funcionarios del Poder Judicial, a los actores que intervienen en los procedimientos, y a los miembros de otras ramas del Estado, estas reglas que tanto pueden influir en el efectivo ejercicio de los derechos de las personas contempladas entre estos grupos.

¹⁵⁷ Reglas de Brasilia sobre el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad. Capítulo 1, sección 2. Beneficiarios de las reglas N° 6.

¹⁵⁸ Se ha indicado en la introducción de este protocolo que éste documento se encuentra fundado en instrumentos internacionales de derechos humanos y que: (a) Prioriza los principios y prácticas dirigidos tanto a la modificación de aspectos jurídicos como a los administrativos relacionados con la atención en el ámbito judicial de personas y colectivos en situación de vulnerabilidad; (b) Facilita que las personas que participan en el funcionamiento de los sistemas judiciales cuenten con una herramienta de consulta que sirva de guía de actuación, avanzando así en la observancia de los estándares más protectores y en la consideración de las características y situación de los grupos y personas, antes mencionados; (c) Favorece que las personas y grupos sociales conozcan y ejerzan con plenitud, ante el sistema de justicia, los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico internacional; (d) propicia el diálogo entre Cortes, en la medida en que retoma sentencias y buenas prácticas que muestran cómo se están protegiendo los derechos de personas y colectivos en tribunales internacionales y en los poderes judiciales de la región.

¹⁵⁹ MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES, DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA Y OTROS. Op. cit., p. 32.

A través de la jurisprudencia emanada de los tribunales superiores, es posible conocer la actual postura que tienen los Estados acerca de la situación migratoria que viven. Así, podrá evaluarse cómo los países han enfrentado la constante tensión entre el ejercicio de su soberanía y control de fronteras y los derechos fundamentales derivados de la dignidad humana, como lo es el derecho a la libre circulación. Es por ello que, respecto a la situación de las personas migrantes, al Poder Judicial de cada país le corresponde “la protección de los Derechos Humanos de las personas en general, y de las migrantes en particular; la creación de precedentes tendientes a una mayor protección de las personas migrantes, y la eliminación del riesgo de futuras violaciones a los derechos humanos”¹⁶⁰.

En nuestro país, la Corte Suprema ha sido pionera en el cambio de enfoque ante la nueva realidad migratoria. El máximo tribunal ha dictado sus fallos bajo un enfoque de derechos humanos, al momento de decidir situaciones que afecten derechos de personas migrantes. Esto, a pesar de contar con una legislación migratoria pre constitucional y anterior a la ratificación de los Tratados internacionales relativos a la materia.

Esta visión acerca del rol que cumplen los tribunales en esta materia, en especial la Corte Suprema, ha sido compartida por aquellas personas dedicadas al trabajo con personas migrantes “Los tribunales superiores de justicia en Chile han iniciado un

¹⁶⁰ DIRECCIÓN DE ASUNTOS INTERNACIONALES Y DERECHOS HUMANOS DEL PODER JUDICIAL. Op. cit., p. 168.

correcto camino para garantizar los derechos fundamentales de las personas migrantes. En efecto, los fallos incluyen e invocan normas de DIDH, dando una aplicación preferente a la Convención Americana sobre Derechos Humanos y a la Convención sobre los Derechos del Niño”.¹⁶¹ A través del recurso de amparo y el recurso especial de reclamación por expulsión en contra de personas migrantes, la Corte Suprema ha sentado abundante jurisprudencia relacionada al tema, lo que ha permitido a los jueces analizar el fenómeno migratorio y como este influye en la vida de NNA migrantes.

Si bien, por regla general, no son los niños quienes se ven directamente enfrentados a los tribunales, las decisiones que éstos toman sí pueden afectar sus derechos, principalmente en cuanto a su situación familiar. “Debe recordarse que la CDN establece el principio de no discriminación no solo a favor de NNA, sino que lo extiende, también, a las condiciones de sus padres o de sus representantes legales. En este sentido, la condición migratoria irregular de los padres y las consecuencias legales que de ella derivan –muchas veces en perjuicio para NNA- son las que han llevado a diversas instancias a considerar cómo mejor satisfacer los derechos de estos. Antes que preferir una aplicación irrestricta de las reglas”¹⁶².

¹⁶¹ GODOY, Rodrigo y DIDIER VON DER HUNDT, Marcel. 2014. Comentarios de jurisprudencia de la Corte Suprema y del Tribunal Constitucional sobre derechos humanos de las personas migrantes durante el año 2013. En: Anuario de Derechos Humanos N° 10. Santiago, Chile. Universidad de Chile. p. 150.

¹⁶² LOVERA, Domingo. Op. cit., p. 34.

2. Jurisprudencia de la Corte Suprema chilena respecto a situaciones que afectan a los niños, niñas y adolescentes migrantes

A continuación, se revisarán y destacarán aquellas cuestiones que han sido objeto de revisión por la Corte Suprema, a través de los correspondientes procedimientos legales y que han influido directamente en la vida los NNA migrantes, principalmente, afectando el efectivo ejercicio de sus derechos.

2.1 Jurisprudencia relativa al derecho a vivir en familia en el contexto migratorio

Una situación que puede amenazar y/o vulnerar el derecho de un NNA a vivir en familia y a ser criado y cuidado por sus padres corresponde a aquella en que se decreta una orden de expulsión del país de alguna persona extranjera, miembro de la familia de aquel NNA. En primer lugar, hay que señalar que la orden de expulsión corresponde a un “acto administrativo a través del cual la administración del Estado dispone que una persona extranjera debe salir del territorio del país, incluso mediante coacción”¹⁶³.

Ante una orden de expulsión, el afectado puede recurrir por medio de una acción judicial especial de reclamación, recurso contemplado en el artículo 89 del DL

¹⁶³ GODOY, Rodrigo y DIDIER VON DER HUNDT, Marcel. Op. cit., p. 142.

1.094¹⁶⁴. A través de ella, el extranjero puede, en única instancia, reclamar fundadamente de su expulsión ante la Corte Suprema, en un plazo de 24 horas contado desde la notificación del decreto de expulsión. Como se puede observar, el procedimiento contemplado por la Ley, en especial el plazo que se le otorga al afectado, vulnera el principio del debido proceso, pues el poco tiempo con el que cuenta el reclamante produce indefensión. De este modo, podemos indicar que existe una primera transgresión a los derechos de los NNA en el procedimiento judicial. Al respecto se ha indicado que “el plazo para interponer el recurso es tan breve que no garantiza de forma adecuada el acceso a la justicia, vulnerando de esta forma tanto las normas del debido proceso como los estándares internacionales establecidos en la Convención de los Derechos del Niño”¹⁶⁵.

La dificultad que presenta el recurso especial de reclamación para su interposición, debido al corto plazo que otorga al afectado, ha sido subsanado en la práctica a través de la interposición de acciones de amparo ante una orden de expulsión. Se ha señalado que “tanto la orden de expulsión como la dictación de una medida de abandono, importan una actuación de la autoridad que perjudica, o al menos amenaza, el derecho a la libertad ambulatoria, especialmente en los términos

¹⁶⁴ Chile. Ministerio del Interior. Decreto Ley N° 1.094 Establece normas sobre Extranjeros en Chile, 19 de julio de 1975. Artículo 89.- El extranjero cuya expulsión hubiere sido dispuesta por decreto supremo, podrá reclamar judicialmente por sí o por medio de algún miembro de su familia, ante la Corte Suprema dentro del plazo de 24 horas, contado desde que hubiere tomado conocimiento de él. Dicho recurso deberá ser fundado y la Corte Suprema procediendo breve y sumariamente fallará la reclamación dentro del plazo de 5 días, contado desde su presentación. La interposición del recurso suspenderá la ejecución de la orden de expulsión, y durante su tramitación el extranjero afectado permanecerá privado de su libertad en un establecimiento carcelario o en el lugar que el Ministro del Interior o el Intendente determinen.

¹⁶⁵ BENADRETTI Leonardo, JIMÉNEZ Felipe, ROJAS María Isabel y otros. Op. cit., p. 119.

consagrados en el artículo N° 7 letra a) de la Constitución Política de la República”¹⁶⁶. Ante estas acciones de amparo, la Corte Suprema actúa como tribunal de segunda instancia, revisando las apelaciones que se elevan por los recurrentes afectados por las sentencias de las Cortes de Apelaciones respectivas. De este modo, “la principal fuente de jurisprudencia en materia de extranjería y migración en Chile la constituyen las sentencias dictadas por los tribunales de justicia, especialmente la Corte Suprema, a través del conocimiento de acciones de amparo constitucional”¹⁶⁷.

Tal como se indicó en el primer capítulo de esta tesis, el derecho a vivir en familia corresponde a uno de los derechos más relevantes que los Estados se comprometen a asegurar a todos los NNA que se encuentran bajo su jurisdicción, independiente de sus condiciones particulares. Sin embargo, este derecho es uno de los que más comúnmente se pueden ver privados los NNA migrantes. Ya sea porque se quedan en el país de origen y sus padres, quienes son los primeros llamados a cuidarlos, parten a otro país, o porque algunos NNA viajan solos, o porque por alguna situación en el país de llegada son separados de sus padres o éstos últimos son devueltos por el Estado receptor a su país de origen. Esta última situación es la que viven en Chile a diario las personas migrantes, afectando así a todo el grupo familiar.

¹⁶⁶ GODOY, Rodrigo y DIDIER VON DER HUNDT, Marcel. 2014. Op. cit., p. 142.

¹⁶⁷ *Ibíd.*, p.142.

En Chile, la protección de la familia, y por tanto de la vida familiar, se encuentra contemplada en el artículo primero de la Constitución, pues es aquí donde se reconoce que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad, y además se indica que es deber del Estado dar protección a la familia y propender a su fortalecimiento. Declaración que va acorde con los tratados internacionales de derechos humanos los cuales también reconocen a la familia un grupo fundamental de la sociedad.

Respecto al derecho de los NNA a vivir en familia el artículo 9 de la CDN establece que los Estados velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra su voluntad, salvo que esta separación sea necesaria atendiendo a su interés superior. Y, agrega en el inciso 4° del mismo artículo, que cuando esa separación sea resultado de una medida adoptada por un Estado como la detención, el encarcelamiento, el exilio, la deportación o la muerte de uno de los padres del niño, o de ambos, o del niño, el Estado Parte proporcionará, información acerca del paradero del familiar o familiares ausentes¹⁶⁸. Además, en su artículo 18 la CDN indica que les corresponde a los padres la responsabilidad primordial de la crianza

¹⁶⁸ Convención Sobre los Derechos del Niño – UNICEF, Nueva York, 20 de noviembre 1989. Artículo 9 (incisos 1° y 4°): 1. Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño. 4. Cuando esa separación sea resultado de una medida adoptada por un Estado Parte, como la detención, el encarcelamiento, el exilio, la deportación o la muerte (incluido el fallecimiento debido a cualquier causa mientras la persona esté bajo la custodia del Estado) de uno de los padres del niño, o de ambos, o del niño, el Estado Parte proporcionará, cuando se le pida, a los padres, al niño o, si procede, a otro familiar, información básica acerca del paradero del familiar o familiares ausentes, a no ser que ello resultase perjudicial para el bienestar del niño. Los Estados Partes se cerciorarán, además, de que la presentación de tal petición no entrañe por sí misma consecuencias desfavorables para la persona o personas interesadas.

de los NNA y agrega también que es deber del Estado brindar la asistencia necesaria en el desempeño de tales funciones¹⁶⁹.

De estas normas puede concluirse, que los NNA tienen el derecho a ser cuidado por sus padres, a vivir con ellos y a no ser separados de éstos contra su voluntad; implica también, que existe un deber de estos padres de orientación y cuidado hacia sus hijos; por otro lado, que los Estados tienen el deber de respetar el derecho preferente de los padres a ejercer este cuidado hacia sus hijos; y, finalmente, que los NNA pueden ejercer estos derechos en contra del Estado, cuando este los amenace o vulnere. “Estos derechos especiales de los niños son esenciales para verificar el respeto que el Estado debe dar a la protección del derecho a la vida familiar, aun cuando se argumente la intervención pública en aras de prevenir o detener la violación de un derecho del niño”¹⁷⁰.

Por lo tanto, existen deberes concretos del Estado respecto a garantizar a los NNA su derecho a vivir en familia. Deberes que en el caso de los NNA migrantes cobran una mayor importancia, pues la situación de precariedad e inestabilidad que puede vivir el grupo familiar pone en peligro el ejercicio de este derecho. Es por ello que toda decisión estatal que traiga como consecuencia la separación de un NNA de

¹⁶⁹ Convención Sobre los Derechos del Niño – UNICEF, Nueva York, 20 de noviembre 1989. Artículo 18 (incisos 1° y 2°): 1. Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño. 2. A los efectos de garantizar y promover los derechos enunciados en la presente Convención, los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño y velarán por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños.

¹⁷⁰ ESPEJO Nicolás. 2016. Op. cit, p. 207.

sus padres o de los adultos responsables debe tomarse considerando el interés superior del niño y debe encontrarse justificada.

Nuestra Corte Suprema ha considerado el derecho a vivir en familia y las condiciones familiares de los extranjeros al momento de decidir respecto de la expulsión de los mismos. Es así como veremos que en las sentencias de la Corte Suprema han primado estas circunstancias familiares para dejar sin efecto una orden de expulsión. Cabe señalar que en estas sentencias la Corte ha hecho aplicación directa de la CDN, además de otros tratados internacionales de derechos humanos; y ha exigido que la administración del Estado valore las circunstancias familiares al momento de decidir “no basta con que la autoridad invoque sus facultades discrecionales para justificar una expulsión de un padre o una madre cuando esta perjudica el bien superior del niño y el principio de la unidad familiar”¹⁷¹.

Del contenido de las sentencias favorables a los recurrentes, es posible destacar los siguientes elementos:

- i. Consideración de las circunstancias personales y familiares del expulsado.
- ii. Razonabilidad y proporcionalidad de las decisiones adoptadas por la administración del Estado.
- iii. Aplicación directa de normas constitucionales y Tratados Internacionales de Derechos Humanos.

¹⁷¹ GODOY, Rodrigo y DIDIER VON DER HUNDT, Marcel. 2014. Op. cit., p. 150.

i. Consideración de las circunstancias personales y familiares del expulsado

La Corte Suprema se ha hecho cargo de la complejidad de la realidad migratoria, comprendiendo la grave afectación al grupo familiar, en especial de los NNA cuando se decreta la expulsión de uno de sus miembros. De este modo, se ha referido en sus sentencias a las circunstancias personales y familiares del afectado por un decreto de expulsión, haciendo alusión al principio de unidad familiar, considerando el arraigo social y la situación personal de cada miembro de la familia y ponderando el interés superior de los niños en el caso concreto. Así, ha indicado que:

Para calificar los actos de autoridad que ahora se revisan, dadas las circunstancias personales y familiares del amparado, cabe advertir que ellos traen inevitables consecuencias en su ámbito familiar, afectando a su pareja como a sus dos hijos, tanto por la posibilidad cierta de disgregar al núcleo familiar, separando a los niños de uno de sus progenitores con la consecuente merma de su pleno desarrollo emocional y social, como por la eventual interrupción de su etapa escolar (Sentencia Rol N° 8759-2015, de 15 de julio del año 2015, considerando 5°).

En otro recurso de expulsión, la Corte Suprema consideró las circunstancias familiares y la situación especial de salud de uno de los hijos del recurrente, por lo que señaló en su sentencia que la medida de expulsión transgrediría derechos consagrados constitucionalmente, así como principios de orden internacional.

No es posible desatender las circunstancias personales y familiares de la reclamante, persona que tiene una pareja estable y dos hijos menores de edad, uno de ellos de nacionalidad chilena con problemas de salud que han requerido de hospitalización, de manera que de ejecutarse la medida ciertamente se transgrede el interés superior de tales menores, al dictaminarse una medida que implicará la separación de su madre y perturbará su identidad familiar y nacional (Sentencia Rol N° 400-2013, de 23 de enero del año 2013, considerando 9°).

En otra sentencia, en la cual se resuelve un recurso de amparo interpuesto por el afectado por una medida de expulsión, la Corte Suprema se ha referido al arraigo social de las hijas del afectado, a la inserción en el mercado laboral de su cónyuge, así como a la situación migratoria regular del resto del grupo familiar, al momento de decidir sobre la expulsión del interesado:

Cabe sumar a ello las circunstancias personales y familiares del amparado, persona que tiene una familia de origen colombiano, que conforme con los antecedentes acompañados al recurso tiene cédula de identidad otorgada por el Estado chileno, estando su cónyuge inserta en el mercado laboral y contando con visa sujeta a contrato ella y sus dos hijas, de 14 y 8 años. En ese contexto, la ejecución de la orden de abandono del país a que es compelido el amparado bajo advertencia de disponerse su expulsión, es desproporcionada e importa una trasgresión del criterio del interés superior

del niño (Rol N° 2174-2013, de 18 de abril del año 2013, considerando 3° de la sentencia)

La Corte Suprema ha establecido que dentro de las personas amparadas por el recurso interpuesto cabe considerar a los hijos del afectado o afectada por un decreto de expulsión, puesto que se verán privados de su derecho a vivir en familia:

A efectos de calificar los actos de autoridad que ahora se revisan, dadas las circunstancias personales y familiares de la amparada, cabe advertir que ellos traen inevitables consecuencias a los otros amparados por el recurso, los menores J y M, hijos de la Sra. P. de diez y un año, respectivamente, al tener el primero un arraigo ostensible en este país al estar cursando sus estudios formales en el territorio, y un evidente apego con su madre el segundo, dada su corta edad. Así, la decisión en contra de la cual se ha interpuesto esta acción constitucional se torna ilegal por el hecho de afectar lo dispuesto en el artículo 1° de la Constitución Política de la República que establece que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad, siendo deber del Estado dar protección a la población y a la familia, así como propender al fortalecimiento de ésta; derechos también consagrados por diversos tratados internacionales relativos a la protección de la familia, motivo por el que, en caso de llevarse a efecto la medida en contra de la cual se recurre, se producirá la disgregación del núcleo familiar aludido precedentemente (Sentencia Rol N° 7018-2012 de 14 de septiembre del año 2012, considerando 3°).

ii. Razonabilidad y proporcionalidad de las decisiones adoptadas por la administración del Estado

La Corte Suprema ha exigido también que la medida tomada en contra del afectado sea proporcional y se encuentre justificada en base a criterios de proporcionalidad. Así mismo, exige que la medida considere y respete los derechos de las personas. Además, ha indicado que los organismos de la administración del Estado, tales como el Departamento de Extranjería y Migración, a pesar de no ser un organismo que ejerce jurisdicción, deben garantizar un racional y justo procedimiento.

Es conveniente destacar que las atribuciones que detentan los órganos de la Administración del Estado son conferidas por la ley en función directa de la finalidad u objeto del servicio público de que se trate. El ejercicio legítimo de estas atribuciones exige, además del respeto a los derechos de las personas, una necesaria razonabilidad en la decisión de la autoridad. En el caso de la especie, aún cuando se trate de actuaciones de órganos que no ejercen jurisdicción, son exigibles los requisitos que garantizan un racional y justo procedimiento, lo que se concreta en el respeto a principios fundamentales destinados a proteger al individuo frente al poder estatal.

El acatamiento al justo y racional procedimiento no depende de la mera voluntad de la autoridad administrativa, sino que constituye un mandato y por tanto un deber constitucional que debe cumplir cualquier órgano del Estado, en el ejercicio de sus potestades, sean regladas o discrecionales. Que tales atribuciones conforman una herramienta de la autoridad administrativa que

se caracteriza por otorgar un margen acotado de libertad para decidir de una manera u otra, pero no obstante ello, jamás puede invocarse para encubrir una arbitrariedad que prive, perturbe o amenace los derechos fundamentales de alguna persona, pues por aplicación del artículo 6° de la Constitución Política de la República, la autoridad está obligada a respetar todas las normas del texto constitucional, entre las que se incluye el derecho a la libertad personal y al debido proceso (Sentencia Rol N° 2309-2015 de 19 de febrero de 2015, considerandos 3° y 4°).

Otro caso es el de un ciudadano peruano que interpone recurso de apelación contra la sentencia de la Corte de Apelaciones, que no dio lugar al recurso de amparo impetrado contra la resolución que le impide el ingreso al país, pese a que anteriormente la autoridad administrativa había dejado sin efecto la orden de expulsión. Aquí, la Corte Suprema acoge la acción constitucional deducida argumentando que deben tenerse en cuenta la unidad del grupo familiar:

Ha de permitirse al amparado el ingreso al territorio nacional, por así imponerle consideraciones referidas a la unidad de su grupo familiar compuesto por nacionales de Chile, como por ordenarlo criterios de razonabilidad y coherencia del actuar de la Administración, que permiten concluir la pérdida de vigencia de la resolución invocada en autos (Sentencia Rol N° 1888-2017 de 26 de enero del año 2017, considerando 5°).

iii. Aplicación directa de normas constitucionales y Tratados Internacionales de Derechos Humanos

Cuando la Corte Suprema se ha enfrentado a casos de órdenes de expulsión de extranjeros que cuentan con familia en Chile, especialmente cuando existen NNA involucrados y en consideración a que en nuestra normativa migratoria no se encuentra regulado el principio de la reunificación familiar, el máximo tribunal de nuestro país ha hecho aplicación directa de la Constitución Política de la República, en especial de su artículo N° 1, así como también de la CDN, tomando en consideración principios como el interés superior del niño y el de unidad familiar. “En estos casos ha primado la unidad familiar y el bien superior del niño/a involucrados/as por sobre la necesidad del Estado de punir la irregularidad migratoria”¹⁷². Al respecto, la Corte Suprema ha señalado:

Este hecho demuestra, además, un arraigo ostensible de parte de la familia del recurrente en este país que torna la decisión de expulsión en ilegal por el hecho de afectar lo dispuesto en el artículo 1° de la Constitución Política de la República que establece que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad, siendo deber del Estado dar protección a la población y a la familia, así como propender al fortalecimiento de ésta; derechos también consagrados en favor de los menores en la Convención de los Derechos del

¹⁷² Godoy Araya, Rodrigo y Didier von der Hundt Marcel. 2014. Comentarios de jurisprudencia de la Corte Suprema y del Tribunal Constitucional sobre derechos humanos de las personas migrantes durante el año 2013. En: Anuario de Derechos Humanos N° 10. Santiago, Chile. Universidad de Chile. 142.

Niño que, entre otros, en su artículo 3° obliga a la autoridad administrativa a tener especial consideración al interés superior del niño, y en su artículo 9° compele a los Estados Partes a velar por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos (Sentencia Rol N° 8759-2015 de 15 de julio de 2015, considerando 2°).

Así mismo, ha indicado que:

No es posible desatender las circunstancias personales y familiares del amparado, quien tiene una pareja estable y un hijo menor de edad de nacionalidad chilena, de manera que de ejecutarse la medida ciertamente transgrede el interés superior del menor, pues implicará la separación de su padre y perturbará su identidad familiar y nacional, infringiendo los deberes que se imponen para los Estados en los artículos 3.1, 7.1, 8.1 y 9.1 de la Convención de los Derechos del Niño; y se afecta lo dispuesto en el artículo 1° de la Constitución Política de la República que establece que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad, siendo deber del Estado dar protección a la población y a la familia, así como propender al fortalecimiento de ésta (Sentencia Rol N° 3694-2015 de 23 de marzo de 2015, considerando 6°).

La consideración de estos elementos recién analizados, correspondiente a las circunstancias personales y familiares del afectado por la expulsión, la aplicación de normas convencionales y constitucionales, la nacionalidad de los hijos, la afectación al derecho a vivir en familia y la exigencia de criterios de razonabilidad y

proporcionalidad de las medidas, las podemos encontrar en al menos cuarenta sentencias de la Corte Suprema dictadas entre los años 2013 y 2017¹⁷³.

2.2 Jurisprudencia relativa al derecho a la nacionalidad e identidad

Otra situación vulneratoria de los derechos de los NNA migrantes, y de la cual la Corte Suprema se ha hecho cargo, corresponde al desconocimiento de la nacionalidad de aquellos niños que han nacido en Chile, y que sin embargo no fueron inscritos como chilenos por ser hijos de migrantes irregulares. Esta circunstancia, y sus efectos negativos, en especial la situación de apatridia que puede generar, fue ampliamente comentada en el capítulo anterior. Al respecto, se han presentado reclamaciones de nacionalidad ante la Corte Suprema, y el máximo tribunal del país ha fallado mayoritariamente en favor del reconocimiento de la nacionalidad de estos niños y niñas.

El artículo 12 de la Constitución establece que la persona afectada por acto o resolución de autoridad administrativa que la prive de su nacionalidad chilena o se

¹⁷³ Corte Suprema Rol N° 66-2013, de 9 de enero de 2013.
Corte Suprema Rol N° 3.813-2013, de 2 de junio de 2013.
Corte Suprema Rol N° 6.366-2013, de 3 de septiembre de 2013.
Corte Suprema Rol N° 10.425-2014, de 7 de mayo de 2014.
Corte Suprema Rol N° 2.309-2015, de 19 de febrero de 2015.
Corte Suprema Rol N° 5.277-2015, de 24 de abril de 2015 (voto de minoría).
Corte Suprema Rol N° 12.356-2015, de 2 de septiembre de 2015.
Corte Suprema Rol N° 12.208-2017, de 18 de abril de 2017.
Corte Suprema Rol N° 16.754-2017, de 8 de mayo de 2017.
Corte Suprema Rol N° 19.208-2017, de 24 de mayo de 2017.

la desconozca, podrá recurrir por sí o por cualquiera a su nombre, dentro del plazo de treinta días, ante la Corte Suprema, la que conocerá como jurado y en tribunal pleno. Este recurso ha sido utilizado para reclamar en favor de aquellos hijos de extranjeros que, a pesar de haber nacido en Chile, se les ha desconocido la nacionalidad chilena. Lo anterior debido al criterio que primó desde 1995 hasta el año 2014 por parte del DEM, en base al cual se consideraba dentro de la categoría de extranjero transeúnte a aquellas personas que se encontraban en situación migratoria irregular.

A pesar de que, durante el año 2014, el DEM estableció un cambio de criterio respecto a quienes caben en la categoría de extranjero transeúnte y manifestó en el oficio N° 27.601, dictado el 14 de agosto de ese año, que los únicos que deben ser considerados como hijos de extranjeros transeúntes son los niños y niñas hijos de turistas y tripulantes, esta decisión comenzó a regir desde la dictación del oficio hacia el futuro, quedando aún miles de niños con esta inscripción en su certificado de nacimiento; lo cual les impide acceder a la nacionalidad chilena, a pesar de haber nacido en el país. Con este cambio de criterio, las autoridades administrativas manifestaron su conformidad con aquel que ya venía aplicando durante un largo periodo la Corte Suprema.

Si bien el Servicio de Registro Civil adoptó este nuevo criterio y lo oficializó a través de la resolución exenta 3.207, de 10 de octubre del año 2014¹⁷⁴, aún existe mucho desconocimiento al respecto tanto de los usuarios como también por parte de los

¹⁷⁴ Ministerio de Justicia y Servicio de registro civil e identificación. 2014. Resolución Exenta 3.207 Instruye sobre anotación que indica. [en línea] <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1067957>

mismos funcionarios; y aún continúan dándose casos en que al momento de inscribir a niños que han nacido en el país, se les inscribe como hijo de extranjero transeúnte. Además, el procedimiento administrativo para eliminar la inscripción se tornaba engorroso para las personas debido a la solicitud de documentos y tiempos de espera¹⁷⁵.

Respecto a este nuevo criterio y las resoluciones dictadas por los órganos administrativos, se ha indicado que “se trata de un cambio significativo en la materia, sin embargo, aún son actos administrativos recientes y sin que, hasta la fecha, las resoluciones previamente dictadas tanto por el Ministerio del Interior como por el SRCel, y que razonan en un sentido diferente, hayan sido dejadas sin efecto”¹⁷⁶.

Frente a este escenario, y previo a la publicación del cambio de criterio del DEM en el año 2014, el recurso de reclamación de nacionalidad por desconocimiento ante la Corte Suprema, fue la herramienta jurídica que se utilizó para reestablecer el derecho que se le negó injustamente a tantos niños y niñas nacidos en nuestro país. Sin embargo, se debe tener en cuenta que, al tener las sentencias efecto relativo, esto es, solo se refieren al caso concreto, muchos niños no pudieron ver reestablecido su derecho a la nacionalidad, pues nadie interpuso la reclamación de nacionalidad a nombre de ellos. Además, su utilización, no fue amplia: “entre enero

¹⁷⁵ Durante el año 2016, el DEM en conjunto con el Servicio Registro Civil realizaron campañas de información y facilitaron el procedimiento para que las personas interesadas realizaran el trámite y de este modo se les reconozca la nacionalidad chilena. Para conocer más acerca de esta campaña: <http://www.extranjeria.gob.cl/noticias/2016/05/06/registro-civil-y-departamento-extranjeria-reconoceran-nacionalidad-chilena-a-hijos-de-extranjero-transeunte/>

¹⁷⁶ RODRÍGUEZ Macarena y VALDÉS Delia. Op. cit., p. 5.

de 2008 y julio de 2013, solo se fallaron 13 recursos de reclamación de nacionalidad”¹⁷⁷. Lo anterior, debido a diversas razones, como falta de información y asesoría, así como también temor a que, al intentar regularizar la situación de los niños, el grupo familiar pueda verse expuesto ante las autoridades por incumplimiento de las normas migratorias. “Si bien ha sido una acción eficaz, en términos de las decisiones adoptadas por la Corte Suprema, dista de ser una garantía ampliamente ejercida. Por razones económicas, de ubicación geográfica, de escaso acceso a asesoría jurídica y de desconocimiento de efectos de la inscripción como hijo de extranjero transeúnte”¹⁷⁸.

La Dirección de Estudios de la Corte Suprema ha realizado un análisis jurisprudencial que contempla las sentencias dictadas entre los años 2011 hasta el año 2014, y ha establecido que la tendencia mayoritaria de la doctrina de la Corte Suprema había determinado, mucho antes que lo hiciera el DEM, que las personas en situación migratoria irregular con ánimo de residencia o de permanecer en el país no son extranjeros transeúntes y a partir de ello que sus hijos nacidos en Chile son chilenos¹⁷⁹.

A continuación, se destacan los principales elementos compartidos por las sentencias de la Corte Suprema que apoyan la doctrina mayoritaria. Estos son:

¹⁷⁷ FUENTES Claudio, LAGOS Víctor, LAWSON Delfina, RODRÍGUEZ Macarena. Op. cit. p. 557.

¹⁷⁸ RODRÍGUEZ Macarena y VALDÉS Delia. Op. cit., p. 5

¹⁷⁹ Para mayores antecedentes y estadísticas sobre la tendencia jurisprudencial de la Corte Suprema de Chile visitar: http://decs.pjud.cl/index.php?option=com_content&view=article&id=131&Itemid=358

- i. Ánimo de permanencia y tiempo de residencia en el país del grupo familiar.
- ii. Principio de *ius soli* como regla general.
- iii. Significado del concepto “transeúnte” y “ánimo de permanencia”.
- iv. Aplicación de Tratados Internacionales de Derechos Humanos y comprensión de la nacionalidad como derecho fundamental.

- i. Ánimo de permanencia y tiempo de residencia en el país del grupo familiar

Para resolver el caso concreto de reclamación de nacionalidad, la Corte Suprema evalúa, entre otras circunstancias, el ánimo de permanencia que existe respecto de los padres del niño nacido en Chile, para así determinar si se trata de personas que buscan establecerse en el país, con independencia de la regularidad de su situación migratoria, o si al contrario, se encuentran de paso o en tránsito (en este caso serían extranjeros transeúntes y el hijo nacido en Chile cabría dentro de la excepción del artículo 10 de la Constitución). Para comprobar el ánimo de permanencia, la Corte considera elementos como: la solicitud de refugio, el arraigo social y laboral de la familia, la regularización de la situación migratoria, entre otros. De este modo, la jurisprudencia de la Corte Suprema ha indicado lo siguiente:

El interés evidenciado por largo tiempo por los padres de V.A.P.V. para permanecer en el país, circunstancia que, finalmente, se ha traducido en que ambos cuenten con sendas resoluciones que les reconocen la residencia definitiva en Chile y que esta Corte Suprema actuando como jurado -según

ordena el artículo 12 de la Carta Fundamental- en el mérito de los documentos e informes que obran en el presente cuaderno y que resultan consonantes con las aseveraciones de quien ha interpuesto la reclamación, constituyen antecedentes que conducen a concluir que todos ellos se mantienen en el territorio nacional, precisamente, con el ánimo de permanecer en éste, de manera tal que no resulta procedente calificarlos como extranjeros transeúntes. En tales condiciones, V.A.P.V. no ha podido quedar comprendido en la situación de excepción ya analizada del número 1 del artículo 10 de la Constitución Política de la República, pues no nació de padres extranjeros transeúntes o de paso en el territorio chileno. Cabe resaltar, además, sus propios registros migratorios demuestran que nació, creció y ha desenvuelto su vida en Chile, sin registrar salidas del país (Sentencia Rol N° 4727-2014 de 19 de mayo del año 2014, considerando 8°).

ii. Principio de *ius soli*, como regla general

En los reclamos de nacionalidad, resueltos y acogidos por la Corte Suprema, se ha afirmado que el principio de *ius soli* es la regla general de adquisición de nacionalidad en nuestro país. Esto implica que, de acuerdo con la norma establecida por la Constitución, las personas que nacen en Chile serán chilenos, salvo aquellas que se encuentren dentro de los casos excepción. Cabe destacar de esta afirmación realizada por la Corte Suprema en todos los casos de reclamación de nacionalidad, dos cosas: la primera es que la forma de adquirir la nacionalidad se encuentra establecida constitucionalmente en Chile, y por ello, ni el legislador ni otra autoridad puede modificar o exigir otros requisitos que los establecidos en la carta

fundamental, y lo segundo, es que, al ser el *ius soli* la regla general, los casos de excepción deben interpretarse de manera restrictiva y siempre justificada. La Corte Suprema ha señalado lo siguiente:

La regla general de adquisición de la nacionalidad chilena es el "ius soli", consagrado en el artículo 10 N° 1 de la Constitución Política de la República, en conformidad al cual son chilenos los nacidos en el territorio de Chile, con excepción de los hijos de extranjeros que se encuentren en Chile en servicio de su Gobierno y de los hijos de extranjeros transeúntes, todos los que, sin embargo, podrán optar por la nacionalidad chilena (Sentencia Rol N°300-2013 de 29 de abril del año 2013, considerando 5°).

iii. Significado del concepto “transeúnte” y “ánimo de permanencia”

La Corte Suprema, advirtiendo que la normativa constitucional no entrega la definición del concepto “transeúnte”, ha utilizado las reglas de interpretación establecidas en el Código Civil, en especial, aquella que mandata a comprender las palabras aludiendo a su sentido natural y obvio. De este modo, ha establecido que “transeúnte” es quien se encuentra de paso en un lugar, contraponiéndose a quien tiene ánimo de permanecer en algún sitio. Complementa el análisis argumentando que en Chile las personas pueden distinguirse entre domiciliadas y transeúntes (artículos 58 y 59 del Código Civil), y las domiciliadas serán aquellas que cuentan con residencia y ánimo de permanecer en el lugar; por lo tanto, señala la Corte que habrá que examinar en el caso concreto si existen o no los elementos que permiten

comprender que una persona cuenta con un domicilio en el país o si, por el contrario, es transeúnte. Nuestro máximo tribunal lo ha explicado de la siguiente manera:

Estas expresiones –extranjero transeúnte– no se encuentran definidas específicamente por la ley, de modo que para desentrañar su sentido debe recurrirse a las reglas de hermenéutica previstas en los artículos 19 y siguientes del Código Civil y a la normativa que sobre el particular se desprende de los artículos 54 y siguientes del referido Código. En cuanto a las reglas de interpretación, debe considerarse especialmente la prescripción contenida en el artículo 20 de ese Código, el que establece que las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras. Por lo tanto, es dable atender al significado que al término "transeúnte" le otorga el Diccionario de la Real Academia, esto es: "el que transita o pasa por un lugar, que está de paso, que no reside sino transitoriamente en un sitio"

Como se advierte de lo consignado, la esencia de la voz "transeúnte" está constituida por la transitoriedad de su estadía en algún lugar, es decir, por la ausencia de los requisitos que permiten entender convergente la residencia, lo que concuerda con el criterio administrativo actual, el que sostiene que para la diferenciación entre extranjeros transeúntes de los que no lo son, debe atenderse principalmente a la residencia y, en este contexto, se estima indubitadamente transeúntes a los turistas y tripulantes. Por otra parte, conforme lo prevén los artículos 58 y 59 del Código Civil, es posible distinguir en Chile a personas domiciliadas y transeúntes, consistiendo el domicilio en la residencia acompañada del ánimo real o presuntivo de permanecer en ella.

Que, en esa línea de deducciones, es dable consignar que si bien la disposición del artículo 63 del Código de Bello, establece que no se presume el ánimo de permanecer en un lugar por el solo hecho de habitar por algún tiempo casa propia o ajena en él, no es menos cierto que el artículo 64 del mismo cuerpo legal –a la inversa de la situación descrita en el texto que le precede– dispone que se presume el ánimo de permanecer y avecindarse en un lugar por el hecho de, entre otros, aceptar en él un empleo fijo "y por otras circunstancias análogas". En otros términos, habrá de examinarse, en el caso, la presencia de eventos que permitan determinar la concurrencia de los elementos de la residencia para descartar la calidad de transeúntes de los padres del menor que reclama la nacionalidad chilena (Sentencia Rol N° 300-2013 de 29 de abril del año 2013, considerandos 6°, 7° y 8°).

Además, la Corte ha aclarado que ha sido la misma autoridad administrativa quien ha preferido la residencia como criterio para distinguir a los extranjeros transeúntes, en lugar de considerar la permanencia continuada por un año o más, como se hacía previo al año 1995. De este modo, se reitera la idea de que es necesario comprobar el ánimo de permanencia de los extranjeros para distinguir si son transeúntes o residentes. Al respecto, ha indicado que:

El criterio administrativo original para distinguir a extranjeros transeúntes de los que no lo son ha sido modificado, dejándose de considerar la permanencia continuada igual o superior a un año y prefiriéndose, en cambio, como elemento principal, el de la residencia, y en este contexto se

estima indubitadamente transeúntes a los turistas y tripulantes (Rol N° 3255-2012 de 22 de agosto del año 2012, considerando 5°)

iv. Aplicación de Tratados Internacionales de Derechos Humanos y comprensión de la nacionalidad como derecho fundamental

La Corte Suprema ha hecho referencia en sus fallos a normas internacionales aplicables en Chile que establecen el derecho a la nacionalidad como un elemento esencial que no puede ser privado arbitrariamente a persona alguna; en especial, ha invocado la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Convención de los Derechos del niño, en específico su Artículo 7, referido al derecho del niño a tener un nombre y una nacionalidad, elementos que forman parte del derecho a la identidad. De tal modo, ha señalado que:

Resulta también pertinente invocar la legislación internacional de Derechos Humanos sobre la materia. Al efecto, el artículo 20 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, "Pacto de San José de Costa Rica", señala que toda persona tiene derecho a una nacionalidad, que toda persona tiene derecho a la nacionalidad del Estado en cuyo territorio nació si no tiene derecho a otra y que a nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiarla. Como puede apreciarse, la nacionalidad es un derecho esencial a la persona humana, un atributo de la personalidad, que no puede ser desconocido sin causa justificada, máxime si la propia

autoridad que ahora lo niega permanece sin hacer las gestiones pertinentes para disponer la expulsión que anuncia, lo que importa del Estado de Chile una aceptación de la permanencia de los padres de la menor cuya nacionalidad chilena se desconoce más allá del plazo inherente a lo transitorio. Por otra parte, teniendo en consideración que C.C.Z. tiene a la fecha menos de un año de edad, resulta aplicable a su respecto la Convención sobre los Derechos del Niño de 1990, en cuyo artículo 7 se dispone que el niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y ser cuidado por ellos. (Sentencia Rol N° 10.897-2014 de 14 de enero del año 2014, considerando 8°).

En cuanto al reconocimiento de la nacionalidad como derecho fundamental, la Corte ha señalado que la autoridad no puede actuar de manera arbitraria, ni realizar acciones que afecten este derecho sin causa justificada:

La nacionalidad es un derecho esencial a la persona humana, un atributo de la personalidad, que no puede ser desconocido sin causa justificada, máxime si la propia autoridad que ahora lo niega permanece sin cumplir la resolución de expulsión, lo que importa del Estado de Chile una aceptación de la permanencia de la madre de los menores cuya nacionalidad chilena se desconoce más allá del plazo inherente a lo transitorio (Sentencia Rol N° 14.657-2013 de 1 de abril del año 2014, considerando 8°).

Además de las sentencias recién revisadas, existen al menos 10 sentencias, dictadas entre los años 2010 y 2014, en las cuales nuestra Corte Suprema ha fallado en el mismo sentido, intentando reparar la vulneración de derechos que se ha producido por la errónea interpretación que han realizado los organismos de la administración del Estado respecto al significado del concepto extranjero transeúnte, establecido como excepción a la adquisición de nacionalidad en el artículo 10 N° 1 a la Constitución¹⁸⁰.

2.3 Reclamación de nacionalidad colectiva ante la Corte Suprema. El trabajo de las organizaciones de la sociedad civil

La acción de reclamación de nacionalidad, a la que se hizo referencia ampliamente, fue la estrategia jurídica utilizada por tres organizaciones de la sociedad civil, correspondientes a la Clínica de Atención a Inmigrantes de la Universidad Alberto Hurtado, la Clínica de Migrantes y Refugiados del Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales, y el Servicio Jesuita a Migrantes, los cuales, durante el año 2015, trabajaron de forma coordinada e interpusieron una reclamación de nacionalidad en favor de ciento sesenta y siete niños y niñas nacidos en Chile, a

¹⁸⁰ Corte Suprema Rol N° 8.808-2010, de 15 de marzo de 2011.

Corte Suprema Rol N° 7.580-2012, de 22 de enero de 2013.

Corte Suprema Rol N° 8.008-2012, de 11 de marzo de 2013.

Corte Suprema Rol N° 9.168-2012, de 11 de marzo de 2013.

Corte Suprema Rol N° 4.108-2013, de 16 de septiembre de 2013.

Corte Suprema Rol N° 5.482-2013, de 26 de noviembre de 2013.

Corte Suprema Rol N° 9.422-2013, de 6 de enero de 2014.

Corte Suprema Rol N° 12.551-2013, de 7 de marzo de 2014.

quienes se les había desconocido su nacionalidad al momento de registrar su nacimiento.

El trabajo de estas organizaciones se desarrolló principalmente en el norte del país, en las regiones I y XV, en las cuales se concentra un gran número de personas migrantes, entre ellos, muchos NNA que habían sido inscritos como hijos de extranjeros transeúntes, de acuerdo a los antecedentes entregados por el Registro Civil¹⁸¹. A partir del trabajo en terreno realizado por este grupo de voluntarios, cabe destacar la siguiente observación: “Por la falta de nacionalidad, los niños y niñas han sufrido discriminación e importantes vulneraciones que han tenido un impacto negativo en su vida. Se registraron casos en que enfrentaron problemas en el acceso a la salud (niños que no habían sido atendidos en servicios públicos por carecer de nacionalidad, y en un caso esa negligencia trajo aparejada la pérdida de la visión en un ojo de un niño de seis años) y en el acceso a la educación relacionados con la falta de entrega de subsidios estatales por la situación jurídica de los niños y niñas”¹⁸².

Se decidió que era más factible interponer una acción de reclamación de nacionalidad ante de la Corte Suprema, que utilizar la vía administrativa, por lo lenta y engorrosa de esta última. No existían antecedentes de una acción de reclamación de nacionalidad colectiva, por lo cual el trabajo realizado era novedoso y difícil al

¹⁸¹ Para conocer más sobre cómo se llevó a cabo el trabajo de estas organizaciones en la interposición de esta acción colectiva de reclamación de nacionalidad leer el documento “3.000 niños esperando su nacionalidad. La necesidad de contar con remedios colectivos para resolver vulneraciones individuales de derechos” En: Anuario de Derecho Publico 2016 Universidad Diego Portales.

¹⁸² FUENTES Claudio, LAGOS Víctor, LAWSON Delfina, RODRÍGUEZ Macarena. Op. cit. p. 560.

mismo tiempo; pero se tuvo en consideración el criterio mayoritario que había mantenido la Corte Suprema, en cuanto a acoger las reclamaciones en favor de aquellos niños nacidos en Chile, independiente de la situación migratoria irregular de sus padres; por lo cual, los pronósticos eran favorables. Existían, además, otros objetivos al interponer esta reclamación, como lo era instalar el tema en la agenda pública y lograr la reparación del universo de personas afectadas por la falta de reconocimiento de nacionalidad chilena. “Era la primera vez en Chile que se presentaba esta acción en forma masiva. El número de casos identificados permitiría darle una mayor publicidad al caso y, por otra parte, las organizaciones buscaban poder negociar con el Estado una reparación para todos los casos inscritos como HET en Chile”¹⁸³.

El 10 de noviembre de 2015 se ingresó el reclamo de nacionalidad colectivo en la secretaría de la Corte Suprema, con el Rol N° 24.089-2015. Entre los principales puntos a destacar de la presentación, cabe señalar: (1) la inscripción de hijo de extranjero transeúnte en la partida de nacimiento implica que a esos NNA se le deberá otorgar una visa para residir en el país, al menos hasta que cumplan dieciocho años y que el reconocimiento de sus derechos estará sujeto a su condición de extranjero; (2) también señalan que si bien es positivo el cambio de criterio realizado por la autoridad en el año 2014, este no se ha hecho cargo de reparar la vulneración del derecho que se produjo a miles de NNA, algunos ahora adultos, que ya se encuentran inscritos como hijos de extranjeros transeúntes a

¹⁸³ FUENTES Claudio, LAGOS Víctor, LAWSON Delfina, RODRÍGUEZ Macarena. Op. cit. p. 560.

causa de la interpretación administrativa previa; (3) se argumenta que en la mayoría de los casos los NNA afectados no tienen vínculo de nacionalidad con otro Estado, ya que, por una parte, luego de la inscripción como hijo de extranjero transeúnte, el Estado chileno no adoptó las medidas correspondientes para comprobar si los niños tenían derecho a acceder a otra nacionalidad y, por otro, si es que en algunos casos se hubiese podido acceder a la nacionalidad de sus padres, existen limitaciones económicas y geográficas que volvían ilusoria esta opción; (4) cabe destacar que además de la vulneración del derecho a una nacionalidad, existen otros derechos asegurados a los NNA que no se han respetado con ese accionar sistemático del Estado chileno, tales como el derecho a la igualdad y no discriminación, acceso a la educación, a la salud y a la justicia. Además, se estaría vulnerando el principio que indica que el Estado debe tener como principal consideración el interés superior del niño en cualquier decisión judicial o administrativa que le afecte.

En el marco de la presentación de este recurso, la Corte Suprema solicitó informes a los organismos del Estado involucrados, tales como el Ministerio de Relaciones Exteriores, el Ministerio del Interior y la Dirección Nacional del Servicio de Registro Civil. En su respuesta, el Servicio de Registro Civil indicó que se procedería a rectificar las inscripciones de las personas incluidas en el recurso de reclamación de nacionalidad, eliminando de las partidas la anotación hijo de extranjero transeúnte¹⁸⁴. También el Departamento de Extranjería y migración realizó una presentación, en la cual se solicitaba el rechazo del recurso, en primer lugar, por

¹⁸⁴ Servicio de Registro Civil e Identificación Orden de Servicio N° 1 relativa a la eliminación de anotación de hijo de extranjero transeúnte consignada en una partida de nacimiento. Santiago 24 de noviembre de 2015.

extemporáneo; en segundo, porque, a juicio del organismo, no habría existido un acto de autoridad que privase o desconociese tal derecho; y, además, indicaba que la situación de los reclamantes ya se encontraba regularizada.

La Corte Suprema citó a las partes a una audiencia de conciliación para el día 16 de diciembre de 2015. En esta audiencia, las partes llegaron a un acuerdo para poner término al recurso de reclamación, logrando los siguientes acuerdos: primero, la eliminación de la anotación de hijo extranjero transeúnte en los certificados de nacimiento de las ciento sesenta y siete personas individualizadas en la reclamación, con lo cual se les reconocería a todos ellos la nacionalidad chilena; segundo, los requirentes podrían obtener documentos de identidad chilenos; tercero, que el acuerdo tendría valor de sentencia de término y de cosa juzgada sobre la cuestión planteada. Por otra parte, se fijó una nueva fecha para otra audiencia, en la que fuese posible dimensionar el universo de personas en estas circunstancias, atendida la voluntad de la administración de corregir este error.

La nueva audiencia se realizó el día 20 de enero del año 2016, en la cual el director del Servicio de Registro Civil indicó que no era posible hacer entrega de cédulas de identidad a cada uno de los reclamantes por razones presupuestarias, y también indicó, respecto al universo de personas que actualmente registran la anotación de hijo de extranjero transeúnte, que “se trata de 2.503 personas, de las cuales 724 registran domicilio relativamente actualizado”¹⁸⁵. Con ello, se dio fin a la vía judicial, logrando revertir la vulneración del derecho a tener una nacionalidad de ciento

¹⁸⁵ Corte Suprema. Sentencia Rol N° 24089-2015, de 22 de enero de 2016.

sesenta y siete personas.

Sin embargo, las organizaciones patrocinantes buscaban lograr con la interposición de esta reclamación que también se enmendase el error respecto de todas las personas que se encontraban en la misma situación, lo cual se hizo presente, dentro del mismo procedimiento, a la Corte Suprema, luego de que el Servicio de Registro Civil informara la rectificación de los certificados de nacimiento de los reclamantes. En este escrito se hizo énfasis en que “se genera la obligación estatal de reparar a todas las personas afectadas, a través de un remedio colectivo e integral que tome en consideración la situación del grupo entero”¹⁸⁶. Respecto a esta petición la Corte Suprema no emitió pronunciamiento.

De este modo, finaliza el importante trabajo realizado por estas organizaciones, el cual buscaba reparar un error que había cometido el Estado de Chile y que había vulnerado gravemente el derecho básico a tener una nacionalidad a casi tres mil niños y niñas, hijos de personas migrantes, que se habían instalado en Chile con la finalidad de establecerse en el país buscando nuevas oportunidades para ellos y sus familias. Se logró revertir estos ciento sesenta y siete casos y, también, se lograron compromisos con las autoridades encargadas respecto a la masificación de la información y la facilitación de los procedimientos administrativos para eliminar la anotación de hijo de extranjero transeúnte a quienes corresponda. Aún queda mucho camino para lograr la reparación completa, pero este trabajo y sus consecuencias positivas, deben calificarse como un gran avance.

¹⁸⁶ FUENTES Claudio, LAGOS Víctor, LAWSON Delfina, RODRÍGUEZ Macarena. Op. cit. p. 562.

3. Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos relativa a los niños, niñas y adolescentes migrantes

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, cumple con la misión de conocer y fallar sobre aquellos casos de violaciones de derechos humanos denunciados ante ella respecto de aquellos países que reconocen su competencia. Además, entre sus funciones, se encuentra la de emitir Opiniones Consultivas solicitadas por los Estados o por otros órganos de derecho internacional. Estos pronunciamientos permiten establecer pautas para los países respecto a su actuar ante posibles vulneraciones de derechos humanos. La Corte se ha referido numerosas veces a los problemas que afectan a la niñez migrante, ya sea a través de sus Opiniones Consultivas, entre la que destaca la Opinión Consultiva N° 21/14 acerca de Derechos y Garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional, como también a través de sus sentencias.

La jurisprudencia dictada por este organismo internacional, respecto de aquellos casos contenciosos sometidos a su jurisdicción, contribuye a establecer estándares de protección de los derechos para los países de la región. La Corte IDH ha tenido que referirse y resolver casos que afectan los derechos de NNA migrantes; en particular, se ha pronunciado sobre el peligro de apatridia por no reconocimiento de nacionalidad y a la afectación del derecho a vivir en familia por órdenes de expulsión respecto de algún miembro del grupo familiar, entre otros temas que afectan a los NNA en el contexto migratorio, como la solicitud de refugio y las garantías que

deben contemplarse para asegurar un debido proceso. A continuación, se revisará lo que ha señalado la Corte IDH acerca de los derechos de adquirir una nacionalidad y a la vida familiar de los NNA, por ser aquellos temas los que más influyen en los tribunales de nuestro país respecto de los derechos de los NNA migrantes, debido al actual escenario migratorio en el que vivimos.

3.1 Protección del derecho a la vida familiar en el contexto migratorio en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Dentro de los pronunciamientos que ha emitido la Corte IDH relacionados con el derecho de los NNA a la vida familiar y a no ser separado de sus padres, salvo excepciones en las que por consideración al interés superior del niño esto fuese necesario, cabe destacar la sentencia de fecha 25 de noviembre de 2013, caratulada “Caso Familia Pacheco Tineo con Estado Plurinacional de Bolivia”. Esta sentencia hace referencia a varios temas, entre ellos la solicitud de asilo y el tratamiento que los Estados les deben a los solicitantes y sus familiares. Respecto al tema de la infancia migrante, este fallo también es relevante, pues se refiere a la participación y consideración de los NNA en los procesos migratorios que los afecten a ellos o a algún miembro de su familia. Al respecto, se ha señalado que “la mención a la protección específica de la que es merecedora la infancia puede verse quizá como un anticipo de lo que la Corte dijo más tarde en la Opinión Consultiva

sobre niñez migrante”¹⁸⁷.

Los hechos de la causa refieren que el matrimonio Pacheco Tineo, junto a sus dos hijas, todos de nacionalidad peruana, se trasladaron a Bolivia, donde les fue reconocido su estatuto de refugiados. Posterior a ello, la familia se trasladó a Chile, donde también les fue reconocido dicho estatuto y donde nació su hijo menor. Tres años después, la familia regresó a Perú con el objetivo de gestionar su retorno definitivo; sin embargo, en ese país aún existían órdenes de detención en su contra, por lo que decidieron volver a salir, cruzando ilegalmente la frontera con Bolivia, por miedo a ser detenidos; su objetivo final era volver a Chile. Una vez en La Paz, la familia solicitó ayuda al Servicio Nacional de Migración boliviano y, además presentó una solicitud de reconocimiento de refugiados. Ambas solicitudes fueron rechazadas por las autoridades bolivianas, sin audiencia de los afectados, sin posibilidad de reclamo y, por tanto, se decretó la expulsión de la familia, sin que se les notificase esta resolución.

Las autoridades bolivianas, a pesar de que habían llegado al acuerdo previo de dirigir a la familia afectada al consulado chileno, donde tenían el estatuto de refugiados, entregaron a la familia a las autoridades migratorias peruanas, quienes detuvieron al matrimonio Pacheco Tineo entre los meses de febrero y julio del año 2001, mientras que sus hijos estuvieron al cuidado de familiares. Al ser puestos en libertad, regresaron a Chile. La Corte consideró que Bolivia vulneró una serie de

¹⁸⁷ ARLETAZZ Fernando, 2015. El caso Familia Pacheco Tineo: Expulsión de extranjeros, niñez migrante y asilo. En: Anuario de Derechos Humanos N° 11, 2015. Universidad de Chile. Santiago, Chile. p. 94

derechos de la Convención Americana de Derechos Humanos y ordenó la reparación de los perjuicios causados. Además, hizo expresa referencia a los derechos vulnerados de los niños de la familia.

En primer lugar, la Corte indicó que existe un deber especial para los Estados de protección a los NNA en relación a los derechos de protección a la familia, a las garantías judiciales y la protección judicial. Este deber se derivaría de la especial situación de vulnerabilidad de los niños y de su interés superior. Todo lo anterior, basado en normas internacionales de derechos humanos que los Estados se han comprometido a respetar. A continuación, se destaca de la sentencia los siguientes párrafos:

Los niños y las niñas son titulares de los derechos establecidos en la Convención Americana, además de contar con las medidas especiales de protección contempladas en su artículo 19, las cuales deben ser definidas según las circunstancias particulares de cada caso concreto. **La adopción de medidas especiales para la protección del niño corresponde tanto al Estado como a la familia, la comunidad y la sociedad a la que aquél pertenece.** Por otra parte, toda decisión estatal, social o familiar que involucre alguna limitación al ejercicio de cualquier derecho de un niño o una niña, debe tomar en cuenta el principio del interés superior del niño y ajustarse rigurosamente a las disposiciones que rigen esta materia

El artículo 19 de la Convención, además de otorgar una protección especial a los derechos reconocidos en ésta, establece una obligación a cargo del Estado de respetar y asegurar los derechos reconocidos a los niños en otros instrumentos internacionales aplicables. Resulta

relevante hacer referencia a los artículos 12 y 22 de la Convención sobre los Derechos del Niño, los cuales reconocen, respectivamente, el derecho de los niños de gozar de la oportunidad de ser escuchados en todo procedimiento judicial o administrativo que los afecte, y su derecho a que los Estados logren que el niño que intente obtener el estatuto de refugiado, o que sea considerado refugiado de conformidad con el derecho y los procedimientos internacionales o internos aplicables, reciba la protección y asistencia necesaria para salvaguardar sus derechos. De esta forma, la protección especial derivada del artículo 19 deberá proyectarse sobre los procedimientos judiciales o administrativos en los que se resuelva sobre sus derechos, lo cual implica una protección más rigurosa del artículo 8 y 25 de la Convención. Además, la Corte ya determinó en otros casos que existe una relación entre el derecho a ser oído y el interés superior del niño, pues es a partir de esta relación que se facilita el papel esencial de los niños en todas las decisiones que afecten su vida¹⁸⁸.

Además, la Corte se refiere a la importancia del derecho del niño a ser oído en todos los procesos en el cual se ven involucrados, sea este judicial o administrativo, en el cual se vea afectado algún miembro de su familia.

La Corte constata que, en el presente caso, existen dos situaciones diferentes para las cuales se debe definir si correspondía o no haber escuchado a los niños en los términos señalados. La primera de ellas se

¹⁸⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Causa Familia Pacheco Tineo con Estado Plurinacional de Bolivia, de 25 de noviembre del año 2013. párr. 217 a 220.

refiere al trámite del procedimiento de solicitud de asilo presentada por sus padres, mientras que la segunda está relacionada con el proceso de expulsión de la familia Pacheco en su calidad de extranjeros en situación irregular.

Por otro lado, en caso de que un solicitante de estatuto de refugiado reciba protección, otros miembros de la familia, particularmente los niños, pueden recibir el mismo tratamiento o verse beneficiados de ese reconocimiento, en atención al principio de unidad familiar. En ese procedimiento de determinación de la condición de refugiado, los familiares del solicitante pueden eventualmente ser escuchados, incluso si entre los mismos hay niños o niñas. En cada caso corresponde a las autoridades evaluar la necesidad de escucharlos, en función de lo planteado en la solicitud¹⁸⁹.

Por último, la Corte se encarga de asegurar el derecho a la vida familiar, como un derecho del cual todo NNA es titular, e indica cómo una orden de expulsión de algún miembro del grupo familiar puede afectar este derecho. Hace referencia también a que la decisión estatal que tenga como resultado la separación de la familia debe encontrarse debidamente justificada en el principio de interés superior del niño, aunque esta medida de separación se apegue a la Ley. Lo anterior en virtud de que el Estado debe velar por entregar una protección especial a NNA, deber que estaría vulnerando al establecer medidas de expulsión que produzcan la separación de un

¹⁸⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Causa Familia Pacheco Tineo con Estado Plurinacional de Bolivia, de 25 de noviembre del año 2013. párr. 222 y 225.

niño respecto de sus padres, pues en una situación como esa, se pone en riesgo su supervivencia y desarrollo.

En lo que se refiere al procedimiento de expulsión de la familia Pacheco Tineo relacionado con la calidad de extranjeros en situación irregular, la Corte recuerda la relación intrínseca existente entre el derecho a la protección de la familia y los derechos de niños y niñas. **En ese sentido, el Tribunal ha estimado que el derecho a que se proteja la familia y a vivir en ella, reconocido en el artículo 17 de la Convención, conlleva que el Estado está obligado no sólo a disponer y ejecutar directamente medidas de protección de los niños, sino también a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar. Por ende, la separación de niños de su familia constituye, bajo ciertas condiciones, una violación del citado derecho, pues inclusive las separaciones legales del niño de su familia solo pueden proceder si están debidamente justificadas en el interés superior del niño, son excepcionales y, en lo posible, temporales. Además, la separación de niños y niñas de sus padres, pueden en ciertos contextos poner en riesgo la supervivencia y desarrollo de los mismos, los cuales deben ser garantizados por el Estado según lo dispuesto en el artículo 19 de la Convención y en el artículo 6 de la Convención sobre Derechos del Niño, especialmente a través de la protección a la familia y la no injerencia ilegal o arbitraria en la vida familiar de los niños y niñas, pues la familia tiene un rol esencial en su desarrollo. Además, la participación de los niños adquiere especial relevancia cuando se trata de procedimientos que puedan**

tener carácter sancionatorio, en relación con una infracción al régimen migratorio, abiertos contra niños migrantes o contra su familia, sus padres, representantes o acompañantes, pues este tipo de procedimientos pueden derivar en la separación de la familia y en la subsecuente afectación del bienestar de los niños, independientemente de que la separación ocurra en el Estado que expulsa o en el Estado donde sean expulsados¹⁹⁰.

3.2 Protección del derecho a la nacionalidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Corte también ha emitido su opinión respecto del derecho a la nacionalidad, a la negación de ésta y al riesgo de apatridia que ello conlleva. En diversas sentencias ha indicado que los Estados podrán tomar las medidas que estimen necesarias respecto de las personas migrantes que no cumplan con el ordenamiento jurídico interno en relación al ingreso, permanencia o con las reglas para adquirir la nacionalidad, siempre y cuando estas medidas respeten sus derechos humanos y garanticen su ejercicio sin discriminación por su situación migratoria u otro motivo que afecte el derecho a la igualdad¹⁹¹.

¹⁹⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Causa Familia Pacheco Tineo con Estado Plurinacional de Bolivia, de 25 de noviembre del año 2013. párr. 226 y 227.

¹⁹¹ Otras sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos referidas a los derechos de las personas migrantes en: ESPEJO Nicolás y LEIVA Carla. 2012. Digesto de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (enero de 1984- febrero de 2012). Santiago, Chile. Editorial LegalPublishing. pp. 521 – 536.

Un caso emblemático de la Corte respecto a la vulneración al derecho a la nacionalidad en contra de NNA migrantes, corresponde al caso denominado “Niñas Yean y Bosico con República Dominicana”, de fecha 8 de septiembre del año 2005, el cual se refiere a la adquisición de nacionalidad de los hijos e hijas de personas migrantes. De este fallo cabe destacar lo señalado por la Corte respecto al deber de protección los Estados hacia este grupo vulnerable “la obligación que tiene el Estado de respetar y asegurar este derecho sin discriminación, es decir, con independencia del estatus migratorio de los padres y madres. Asimismo, a partir de este derecho ha formulado una serie de consideraciones acerca de la apatridia”¹⁹².

Los hechos del caso se refieren a las niñas Violeta Bosico y Dilcia Yean, quienes nacieron y crecieron en República Dominicana. Ambas tienen ascendencia haitiana por el lado paterno, y por ello forman parte de un grupo vulnerable en República Dominicana, tal como el mismo fallo lo señala. Las autoridades del país sistemáticamente han dificultado la entrega de las actas de nacimiento de los niños dominicanos con ascendencia haitiana lo que, como consecuencia, les impide obtener su cédula de identidad y electoral, así como el pasaporte dominicano, estudiar en escuelas públicas, y acceder a servicios de salud y asistencia social. Esto, a pesar de que en ese país la Constitución establece que son dominicanas todas las personas que nacen en su territorio, adoptando así el principio de *ius soli*,

¹⁹² CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 2015. Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 2: Migrantes. p. 60. [en línea] <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/migrantes4.pdf>

con excepción de los hijos de los extranjeros residentes en el país en representación diplomática o los hijos de personas que están en tránsito en él.

El 5 de marzo de 1997, Dilcia Yean (10 meses de edad) y Violeta Bosico (12 años de edad), acompañadas de los adultos que las representaban, solicitaron ante autoridad competente la inscripción tardía de nacimiento. La funcionaria encargada de los registros de nacimiento, informó a los solicitantes que no era posible registrar a las niñas, porque no contaban con todos los documentos requeridos por la Junta Central Electoral para dicho procedimiento. Posteriormente, las niñas recurrieron ante la autoridad superior, quien el 20 de julio de 1998 confirmó la decisión previa, y resolvió la denegación por incumplimiento de requisitos. Sin embargo, los requisitos que se exigían en esta instancia no eran los mismos que había exigido la primera funcionaria encargada de los registros de nacimientos. Esta situación finalmente fue resuelta en el año 2001, cuando el Estado de República Dominicana entregó los certificados de nacimiento que les correspondían a las niñas, adquiriendo así conforme a derecho su nacionalidad, la cual les fue negada por cuatro años, trayendo graves consecuencias a su vida.

En este caso, la Corte pudo evidenciar la falta de unidad de criterio que existía entre los organismos de la administración del Estado dominicano, respecto a la serie de requisitos que debían cumplir las personas menores de trece años para solicitar su inscripción de nacimiento tardía:

El Estado adoptó diferentes posturas durante el trámite del caso ante el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, en relación con los requisitos que las niñas debieron cumplir. Esta situación refleja que en la República Dominicana no existe un criterio uniforme para la exigencia y aplicación de los requisitos para la inscripción tardía de nacimiento de los menores de 13 años de edad¹⁹³.

Respecto al derecho a la nacionalidad de los hijos de personas migrantes la Corte hizo referencia al principio de igualdad y no discriminación, estableciendo una serie de consideraciones:

La Corte considera necesario señalar que **el deber de respetar y garantizar el principio de la igualdad ante la ley y no discriminación es independiente del estatus migratorio de una persona en un Estado**. Es decir, los Estados tienen la obligación de garantizar este principio fundamental a sus ciudadanos y a toda persona extranjera que se encuentre en su territorio, sin discriminación alguna por su estancia regular o irregular, su nacionalidad, raza, género o cualquier otra causa

De acuerdo con lo señalado, y en consideración del derecho a la nacionalidad de los hijos de personas migrantes en la República Dominicana en relación con la norma constitucional pertinente y los principios internacionales de protección de los migrantes, la Corte considera que:

¹⁹³ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Causa de las niñas Yean y Bosico con República Dominicana, de 8 de septiembre del año 2005. párr. 145.

- a) El estatus migratorio de una persona no puede ser condición para el otorgamiento de la nacionalidad por el Estado, ya que su calidad migratoria no puede constituir, de ninguna forma, una justificación para privarla del derecho a la nacionalidad ni del goce y ejercicio de sus derechos,
- b) El estatus migratorio de una persona no se trasmite a sus hijos
- c) La condición del nacimiento en el territorio del Estado es la única a ser demostrada para la adquisición de la nacionalidad, en lo que se refiere a personas que no tendrían derecho a otra nacionalidad, si no adquieren la del Estado en donde nacieron¹⁹⁴.

La Corte, además, se refiere a la falta de razonabilidad de la decisión del Estado dominicano de negar la nacionalidad a niñas nacidas en el mismo país, así como también la extrema vulnerabilidad en que las dejó al mantenerlas en situación de apatridia.

La Corte considera que, al haber aplicado a las niñas, para obtener la nacionalidad, otros requisitos distintos a los exigidos para los menores de 13 años de edad, el Estado actuó de forma arbitraria, sin criterios razonables u objetivos, y de forma contraria al interés superior del niño, lo que constituyó un tratamiento discriminatorio en perjuicio de las niñas Dilcia Yean y Violeta Bosico. Esa condición determinó que ellas estuviesen al margen del ordenamiento jurídico del Estado y fuesen mantenidas como apátridas, lo que las colocó en una situación de extrema vulnerabilidad, en cuanto al

¹⁹⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Causa de las niñas Yean y Bosico con República Dominicana, de 8 de septiembre del año 2005. párr. 155 y 156.

ejercicio y goce de sus derechos. En atención a la condición de niñas de las presuntas víctimas, la Corte considera que la vulnerabilidad derivada de la apatridia comprometió el libre desarrollo de su personalidad, ya que el acceso a los derechos y a la protección especial de que son titulares se vio imposibilitado.

En consideración del deber del Estado de otorgar la nacionalidad a quienes nacieron en su territorio, la República Dominicana debió adoptar todas las medidas positivas necesarias para garantizar que Dilcia Yean y Violeta Bosico, como niñas dominicanas de ascendencia haitiana, pudieran acudir al procedimiento de inscripción tardía en condiciones de igualdad y no discriminación y ejercer y gozar en plenitud su derecho a la nacionalidad dominicana. Los requisitos exigidos para probar el nacimiento en el territorio deben ser razonables y no pueden representar un obstáculo para acceder al derecho a la nacionalidad¹⁹⁵.

4. Una mirada general a la labor jurisprudencial

En este capítulo fue posible observar que los tribunales nacionales e internacionales cumplen la importante labor de impartir justicia, y así permitir el restablecimiento de los derechos a aquellas personas que les han sido vulnerados. Los NNA, por regla

¹⁹⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Causa de las niñas Yean y Bosico con República Dominicana, de 8 de septiembre del año 2005. párr. 166, 167 y 171.

general, no son quienes recurren directamente a los tribunales de justicia, pero muchas decisiones adoptadas por ellos influyen en el desarrollo de su vida. Y cuando estos NNA además son migrantes, cualquier decisión que afecte a algún miembro de su familia, les impactará en mayor medida ya que podrían verse privados del cuidado y protección que le brindan sus padres o adultos a su cargo, o sufrir un fuerte impacto emocional al tener que separarse de algún miembro de su familia.

Hemos podido comprobar que nuestra Corte Suprema se ha adelantado respecto a los organismos de la Administración del Estado y al Poder legislativo respecto de la regulación de la situación de las personas migrantes, bajo un enfoque de Derechos Humanos, acogiendo recursos de amparo ante decretos de expulsión que carecen de justificación racional o que no consideran la situación familiar de los afectados, así como también acogiendo reclamaciones de nacionalidad de aquellos niños que a pesar de haber nacido en Chile les fue negada la nacionalidad chilena de manera sistemática y permanente hasta el año 2014.

La pregunta que surge es si acaso son efectivamente los tribunales los encargados de generar este cambio de visión en la protección de los derechos de las personas, en específico de los NNA migrantes. Pues, si bien su labor es efectiva y muy importante, no resuelve la generalidad de los casos, no todas las personas acceden efectivamente al sistema de justicia, ni tampoco puede influir en todos los posibles escenarios en los cuales un NNA se verá afectado en el ejercicio de sus derechos, porque aquella tarea no les corresponde a los tribunales. Pareciera ser que una política pública con enfoque de derechos humanos, así como una legislación

actualizada y basada en los criterios establecidos en Tratados Internacionales, son necesarios y urgentes para la protección de los derechos de todos los NNA migrantes que viven en el país.

CONCLUSIÓN

Como se ha señalado durante todo el texto, la decisión de migrar del país de origen para establecerse en otro, no es fácil, y afecta al grupo familiar en su conjunto, ya sea que inicien este proyecto todos juntos o se queden algunos y partan otros.

Los NNA que se enfrentan a esta realidad pueden ver gravemente afectados sus derechos, ya que, por un lado, los adultos responsables en general no consideran su opinión al momento de tomar la decisión de partir, tampoco se visibiliza la grave afectación de los niños que se quedan en el país de origen mientras sus padres parten a un nuevo destino, más grave aún es el riesgo de los NNA que viajan solos, exponiéndose a peligros durante todo el trayecto.

Por otra parte, la vulneración de los derechos de estos niños se puede generar por los Estados y los nacionales del país de llegada. Es común encontrar actos discriminatorios hacia estos niños, como actos de xenofobia, dificultad de acceso a redes de salud, educación o beneficios estatales. Algunas vulneraciones más graves dicen relación con la separación del NNA del resto de su familia por parte de las autoridades en la frontera, o la negación de derechos como el derecho a ser oído o el derecho a que se considere su interés superior en toda decisión tomada por la autoridad que pueda afectar en su vida.

Si bien es de aceptación general que los NNA merecen una protección especial de sus derechos por el hecho de ser niños, no siempre se tiene en cuenta que la

condición de migrantes aumenta el riesgo de estos NNA de ver vulnerados sus derechos y, por tanto, requieren una doble protección, una por su grado de madurez y desarrollo y otra por ser migrante.

En Chile, el ingreso de migrantes ha aumentado de manera constante desde la década del 90, principalmente, debido a la estabilidad política y económica con la que se ha posicionado nuestro país ante el resto del continente americano. Sin embargo, aún contamos con una legislación que data desde 1974, la cual contiene normas acerca del ingreso, permanencia y expulsión de migrantes, y con normas infra legales, que resuelven de manera aislada algunos de los temas más comunes que afectan el ejercicio de los derechos de las personas migrantes.

Respecto de los NNA migrantes, es posible concluir que tampoco contamos con una política pública clara con un enfoque de derechos, y que cada situación se ha ido resolviendo de manera disgregada en decretos y circulares que pueden ir variando y dependen directamente de la postura que tiene el poder ejecutivo ante la migración. Si bien han existido avances en materia de protección de derechos aún quedan muchos temas por resolver. Esto ha posibilitado que ocurran graves vulneraciones a los NNA migrantes, como lo es la negación de nacionalidad o dificultades en el acceso al sistema educativo. Si bien esta situación es grave, no sorprende si se tiene en cuenta que Chile todavía no cuenta con una Ley de protección de derechos a la infancia, por tanto, si no existe una consideración especial a la infancia en su conjunto, más lejos estamos aún de que exista una consideración especial a un grupo particular de ellos.

Por último, y consideración, aparte es la que merecen los tribunales de justicia, nacionales e internacionales. Pues han sido los impulsores de una mirada a la migración, en especial a la migración infantil como un derecho por lo mismo debe ser ponderado con otros derechos al momento de tomar una decisión que pueda afectar la vida de algún NNA, a pesar de que la decisión judicial no se refiera particularmente a él. Así, el derecho a la vida familiar, el derecho a no ser separado de sus padres y también el interés superior del niño juegan un papel relevante al momento de dictar una sentencia.

BIBLIOGRAFÍA

1. AHUMADA Marcela. 2015. La nacionalidad de los hijos de extranjeros en situación migratoria irregular. [en línea] Diario Constitucional, 15 de septiembre de 2015. <http://www.diarioconstitucional.cl/articulos/la-nacionalidad-de-los-hijos-de-extranjeros-en-situacion-migratoria-irregular/>
2. ARLETAZZ Fernando, 2015. El caso Familia Pacheco Tineo: Expulsión de extranjeros, niñez migrante y asilo. En: Anuario de Derechos Humanos N° 11, 2015. Universidad de Chile. Santiago, Chile. pp. 85- 94.
3. ARRIOLA Maite y VIDAL José Ignacio. 2013. Todo por el interés superior del menor, pero sin el menor. Preocupaciones de Amnistía Internacional respecto a los menores ante el futuro reglamento de asilo. En: CLARO Irene y LÁZARO Isabel (coord.) Infancia y protección internacional en Europa. Niños y niñas refugiados y beneficiarios de protección subsidiaria. España. Editorial Tecnos. pp. 175- 192.
4. BENADRETTI Leonardo, JIMÉNEZ Felipe, ROJAS Maria Isabel, y otros. 2013. Niños inmigrantes y derechos sociales. Crítica a la legislación chilena actual. En: Centro Democracia y Comunidad. Un Chile abierto: Propuestas para una nueva Ley de migración. Santiago, Chile pp 107 - 121.
5. CILLERO Miguel. 1999. El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. [en línea]. En: UNICEF. Revista Justicia y Derechos del niño, N° 1. Santiago, Chile. pp. 45-62 http://www.unicef.cl/web/wp-content/uploads/doc_wp/Justicia_N_1.pdf
6. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 2015. Refugiados y migrantes en Estados Unidos: Familias y niños no acompañados [en línea] <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2015/10236.pdf>
7. COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. 2005. Observación general N° 6 Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen.
8. COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. 2013. Observación general N° 14 Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial.

9. COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. 2015. Observaciones finales sobre los informes periódicos cuarto y quinto combinados de Chile. 30 de octubre de 2015.
10. CONSEJO NACIONAL DE LA INFANCIA. 2016. Niñas, niños y adolescentes migrantes. Propuestas Mesa Técnica. [en línea] Santiago, Chile [http://observatorioninez.consejoinfancia.gob.cl/wp-content/uploads/2016/04/4. Ninas_ninos_y_adolescentes_migrantes.pdf](http://observatorioninez.consejoinfancia.gob.cl/wp-content/uploads/2016/04/4_Ninas_ninos_y_adolescentes_migrantes.pdf)
11. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 2013. Opinión Consultiva N° 18, de 17 de septiembre de 2013. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados.
12. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 2014. Opinión Consultiva N° 21, de 19 de agosto de 2014. Derechos y Garantías de Niñas y Niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional.
13. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 2015. Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 2: Migrantes. [en línea] <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/migrantes4.pdf>
14. CORTÉS José Manuel. 2004. Inmigración y derecho a la reunificación familiar en la Unión Europea: ¿Mínimo común denominador de las políticas nacionales? [en línea] Anuario de Derecho europeo - 2005 - N° 4 [16]. pp. 27-54. http://institucional.us.es/revistas/derecho/4/art_2.pdf
15. CUMBRE JUDICIAL IBEROAMERICANA. 2014. Protocolo Iberoamericano de actuación judicial para mejorar el acceso a la justicia. Apartado personas migrantes. [en línea] pp. 166- 226. <http://servicios.pjud.cl/DAI/pdf/publicaciones/migrantes.pdf>
16. DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA. 2013. Informe Jurisprudencia de defensa de migrantes y extranjeros [en línea] <http://www.dpp.cl/resources/upload/1d89ca362f89b6fe020b7b7df6c69d99.pdf>
17. DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA. 2014. Segundo Informe Jurisprudencia de defensa de migrantes y extranjeros [en línea] <http://www.biblio.dpp.cl/biblio/DataFiles/10113.pdf>

18. DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA. 2015. Tercer informe Jurisprudencia de defensa de migrantes y extranjeros [en línea] <http://www.biblio.dpp.cl/biblio/DataFiles/10114.pdf>
19. DEPARTAMENTO DE EXTRANJERÍA Y MIGRACIÓN DEL MINISTERIO DEL INTERIOR Y SEGURIDAD PÚBLICA. 2016. Migración en Chile 2005 – 2014. [en línea] <http://www.extranjeria.gob.cl/media/2016/02/Anuario-Estad%C3%ADstico-Nacional-Migraci%C3%B3n-en-Chile-2005-2014.pdf>
20. DÍAZ Regina. 2016. Ingreso y permanencia de las personas migrantes en Chile: Compatibilidad de la normativa chilena con los estándares internacionales. Revista Estudios Constitucionales (vol. 14 n° 1). Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca. pp. 179-220.
21. DIRECCIÓN DE ASUNTOS INTERNACIONALES Y DERECHOS HUMANOS DEL PODER JUDICIAL. 2012. Apartado sobre personas migrantes y sujetas de protección internacional [en línea]. Santiago, Chile. <http://servicios.poderjudicial.cl/DAI/pdf/publicaciones/migrantes.pdf>
22. DOMINGUEZ Cecilia. 2016. Derecho chileno migratorio a la luz del derecho migratorio internacional: ¿ceden los derechos humanos mínimos de los extranjeros ante las prerrogativas soberanas de control migratorio. Revista Chilena de Derecho, vol. 43 N° 1, Santiago, Chile. pp. 189 – 217.
23. ESPEJO Nicolás. 2016. El derecho a la vida familiar, los derechos del niño y la responsabilidad parental. En: LEPÍN Cristián y GÓMEZ DE LA TORRE Maricruz (coordinadores) Estudios de Derecho Familiar I. Jornadas de Derecho Familiar – Facultad de Derecho Universidad de Chile. Editorial Thomson Reuters. Santiago, Chile. pp. 197 – 209.
24. ESPEJO Nicolás y BALART Andrea. 2012. Los Derechos de los niños migrantes: desafíos para la legislación migratoria chilena. En: ACNUR, OIM y UNICEF. Los derechos de los niños, niñas y adolescentes migrantes, refugiados y víctimas de trata internacional en Chile. Avances y desafíos. Santiago, Chile. pp. 9 – 50.
25. ESPEJO Nicolás y LEIVA Carla. 2012. Digesto de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (enero de 1984- febrero de 2012). Santiago, Chile. Editorial LegalPublishing.

26. FARMER Alice. 2013. El impacto en la detención migratoria en los niños. [en línea] En: Detención, alternativas a la detención y deportación. Forced Migration Review N° 44, Refugee Studies Centre Oxford Department of International Development. pp. 14- 17
<http://www.fmreview.org/sites/fmr/files/FMRdownloads/es/detencion/RMF44.pdf>
27. FERNÁNDEZ Rosario. 2012. Una mirada a los derechos de los niños, niñas y adolescentes inmigrantes en Chile. Avances y desafíos pendientes. En: ACNUR, OIM y UNICEF. Los derechos de los niños, niñas y adolescentes migrantes, refugiados y víctimas de trata internacional en Chile. Avances y desafíos. Santiago, Chile. pp. 243 – 268.
28. FONT María. 2013. La protección de los menores extranjeros no acompañados en España: Estudio de las novedades introducidas en la Ley de extranjería española y su armonización con la normativa europea. En: CLARO Irene y LÁZARO Isabel (coord.) Infancia y protección internacional en Europa. Niños y niñas refugiados y beneficiarios de protección subsidiaria. España. Editorial Tecnos. pp. 161- 173.
29. FUENTES Claudio, LAGOS Víctor, LAWSON Delfina, RODRÍGUEZ Macarena. 2016. 3.000 niños esperando su nacionalidad. La necesidad de contar con remedios colectivos para resolver vulneraciones individuales de derechos. En: Anuario de Derecho Publico 2016. Ediciones Universidad Diego Portales. Santiago, Chile. pp. 549 – 571
30. GALDÁMEZ Liliana, LAGES Rita y LÓPEZ Valentina. 2016. Migración y Derechos Humanos en Chile. Informe Temático 2016. [en línea] Centro de Derechos Humanos Universidad de Chile. Santiago, Chile.
<http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/142236/Migracion-y-derechos-humanos.pdf?sequence=1>
31. GODOY Rodrigo y DIDIER VON DER HUNDT Marcel. 2014. Comentarios de jurisprudencia de la Corte Suprema y del Tribunal Constitucional sobre derechos humanos de las personas migrantes durante el año 2013. En: Anuario de Derechos Humanos N° 10. Universidad de Chile. Santiago, Chile. pp. 139- 150.
32. GÓMEZ Blanca y BARASTEGUI Ana. 2009. El Derecho del Niño a vivir en familia. [en línea] Miscelánea comillas Vol. 67 N° 130. Universidad Pontificia Comillas. ICAI- ICADE, Madrid, España.

<http://revistas.upcomillas.es/index.php/miscelaneacomillas/article/view/894/755>

33. GÓMEZ DE LA TORRE Maricruz. 2007. El sistema Filiativo chileno. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Chile.
34. GÓMEZ DE LA TORRE Maricruz. 2013. El derecho a conocer los orígenes en la filiación adoptiva y por aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida. En: Técnicas de reproducción humana asistida. Desafíos del siglo XXI: Una mirada transdisciplinaria. Editorial Legal Publishing. Santiago, Chile. pp. 223 – 246.
35. IBÁÑEZ Juana. 2010. Los derechos de los niños, niñas y adolescentes en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Revista IIDH Vól 51-2010. pp. 13 – 54.
36. INSTITUTO DE DEMOCRACIA Y DERECHOS HUMANOS PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ. 2012. Amicus Curiae sobre la solicitud de opinión consultiva N° 21: Derechos de los/as niños/as migrantes. [en línea] <http://www.corteidh.or.cr/sitios/Observaciones/31/31.pdf> p. 2.
37. INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. 2012. Boletín de sentencias N° 3 septiembre - diciembre 2012. [en línea] < <http://bibliotecadigital.indh.cl/handle/123456789/601>>
38. INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. 2016. Situación de los Derechos Humanos en Chile, Informe Anual. [en línea] <https://www.indh.cl/bb/wp-content/uploads/2017/01/Informe-Anual-INDH-2016.pdf>
39. INSTITUTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS EN DERECHOS HUMANOS DEL MERCOSUR. 2016. Migración, derechos humanos y política Migratoria. [en línea] Serie Migración y Derechos Humanos N° 2. Buenos Aires, Argentina. <http://www.ippdh.mercosur.int/wpcontent/uploads/2017/02/Migraci%C3%B3n-derechos-humanos-y-pol%C3%ADtica-migratoria.pdf>
40. JENSEN María Florencia. 2009. Inmigrantes en Chile: La exclusión vista desde la Política migratoria chilena. En: BOLOGNA, Eduardo. Temáticas migratorias actuales en América Latina: remesas, políticas y emigración. Brasil. Asociación Latinoamericana de Población. pp. 105 – 130.

41. LAHOZ Sonia. 2012. De la necesidad de resguardar los derechos de niños, niñas y adolescentes implicados en procesos migratorios y los de sus familias” En: ACNUR, OIM y UNICEF. Los derechos de los niños, niñas y adolescentes migrantes, refugiados y víctimas de trata internacional en Chile. Avances y desafíos. Santiago, Chile. pp. 89 – 118.
42. LAGOS VÍCTOR y ROJAS Óscar. 2014. Derechos de los Migrantes y Refugiados. [en línea] En: Informe anual sobre Derechos Humanos 2014. Centro de Derechos Humanos, Universidad Diego Portales. Ediciones Universidad Diego Portales. Santiago, Chile. pp. 333 – 376. <http://www.derechoshumanos.udp.cl/derechoshumanos/images/InformeAnual/2014/Cap%2008%20Migrantes%20y%20refugiados.pdf>
43. LARA María Daniela. 2014. Evolución de la legislación migratoria en Chile. Claves para una lectura (1824 – 2013). [en línea] Revista de Historia del Derecho, N° 47, INHIDE. Buenos Aires, Argentina. pp. 59 – 104 http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1853-17842014000100004
44. LIWSKI Norberto. (s/a). Migraciones de niñas, niños y adolescentes Bajo el enfoque de derechos. [en línea] Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescente. http://www.derechosinfancia.org.mx/Documentos/Migraciones_liwski.pdf
45. LOVERA Domingo. 2015. Igualdad y no discriminación de niños, niñas y adolescentes: necesidad de un sistema de garantías reforzadas. [en línea] UNICEF. Serie Los derechos de los niños, una orientación y un límite, N° 3. Santiago, Chile. <http://unicef.cl/web/wp-content/uploads/2015/06/3-Garantias-reforzadas-31.pdf>
46. MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES, DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA Y OTROS. 2016. Boletín Estadístico N°2 Mesa Interinstitucional de acceso a la Justicia de migrantes y extranjeros. [en línea]. Santiago, Chile. www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/archivo?id=28596&pid=204&tid=1&d=1
47. OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS. La Convención Internacional sobre los Trabajadores Migratorios y su Comité. [en línea] Folleto Informativo N° 24 (Rev. 1) <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet24Rev.1sp.pdf>
48. OLEA Helena. 2015. Migración (en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos). [en línea] Eunomía. Revista en

- cultura de la legalidad N° 9, octubre 2015 – mayo 2016. pp. 249-272.
<https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/viewFile/2826/1522>
49. ORTEGA Elisa. 2014. Los niños migrantes irregulares y sus derechos humanos en la práctica europea y americana: entre el control y la protección. [en línea] En: UNAM. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XLVIII, núm. 142, enero-abril de 2015. pp. 185- 221.
<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/4919/6270>
50. PALACIOS Jorge. 2010. Los Derechos Humanos de los trabajadores migratorios y sus familias. [en línea] OEA XXXVI Curso de Derecho Internacional pp. 425- 452.
http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/publicaciones_digital_xxxvi_curso_derecho_internacional_2009_jorge_palacios_trevino.pdf
51. RODRÍGUEZ Macarena y VALDÉS Delia. 2015. Nacionalidad en la jurisprudencia de la Corte Suprema. Dirección de estudios de la Corte Suprema [en línea] <http://decs.pjud.cl/index.php/informes-academicos-migrantes/134-nacionalidad-en-la-jurisprudencia-de-la-corte-suprema>
52. RODRÍGUEZ María. 2017. Menores detenidos en la frontera: dónde están y qué esperar. [en línea] Tough Co. 30 marzo de 2017.
<https://www.thoughtco.com/menores-detenido-en-la-frontera-1965414>
53. RODRÍGUEZ María Cristina. 2012. Consideraciones jurídicas sobre los derechos de los niños migrantes. [en línea]. *American University International Law Review* 27, N° 3 pp. 643- 671.
<http://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1800&context=auilr>
54. ROJAS Nicolás y SILVA Claudia. 2016. La migración en Chile: Breve reporte y caracterización. [en línea] Observatorio Iberoamericano sobre Movilidad Humana, Migraciones y Desarrollo. Universidad Pontificia Comillas, Madrid,
http://www.extranjeria.gob.cl/media/2016/08/informe_julio_agosto_2016.pdf
55. SANDOVAL Rodrigo. 2016. Hacia una política nacional migratoria. En: Tijoux, María Emilia. Racismo en Chile, la piel como marca de la inmigración. Santiago, Chile. Editorial Universitaria. pp. 103 – 125.
56. SANDOVAL Rodrigo. 2017. Una política migratoria para un Chile cohesionado. En: Cabieses Báltica, Bernales Margarita, McIntyre Ana María. La migración internacional como determinante social de la salud en Chile:

evidencia y propuestas para políticas públicas. Santiago, Chile. Universidad del Desarrollo. pp. 39 – 49.

57. SANTOS Marta. 2013. Infancia y protección internacional. En: CLARO Irene y LÁZARO Isabel (coord.) Infancia y protección internacional en Europa. Niños y niñas refugiados y beneficiarios de protección subsidiaria. España. Editorial Tecnos. pp. 27- 37.
58. SERRA María Laura. 2011. La Migración y los Derechos del Niño. [en línea] Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones “Ambrosio L. Gioja”, Año V, número especial. Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires. pp. 228- 242.
[https://www.researchgate.net/publication/281823464 LA MIGRACION Y LOS DERECHOS DEL NINO](https://www.researchgate.net/publication/281823464_LA_MIGRACION_Y_LOS_DERECHOS_DEL_NINO)
59. STEFONI Carolina. 2011. Perfil migratorio de Chile. [en línea] Organización Internacional para las Migraciones. Buenos Aires, Argentina.
http://priem.cl/wp-content/uploads/2015/04/Stefoni_Perfil-Migratorio-de-Chile.pdf
60. SUPREMA CORTE DE LA NACIÓN DE MÉXICO. 2014. Protocolo Iberoamericano de actuación judicial para mejorar el acceso a la justicia de personas con discapacidad, migrantes, niñas, niños, adolescentes, comunidades y pueblos indígenas. [en línea] [https://www.sitios.scjn.gob.mx/codhap/sites/default/files/banner/archivos/Protocolo Iberoamericano.pdf](https://www.sitios.scjn.gob.mx/codhap/sites/default/files/banner/archivos/Protocolo_Iberoamericano.pdf)
61. TEXIDÓ Ezequiel y GUIRRIERI Jorge. 2012. Panorama migratorio de América del Sur 2012. [en línea] Organización Internacional para las Migraciones.
https://www.iom.int/files/live/sites/iom/files/pbn/docs/Panorama_Migratorio_de_America_del_Sur_2012.pdf
62. UNICEF. 2010. Infancia y migración internacional en América Latina y el Caribe. [en línea] Desafíos, Boletín de la infancia y adolescencia sobre el avance de los objetivos de desarrollo del milenio. N° 11.
http://www.unicef.cl/web/wp-content/uploads/doc_wp/2010-900-Boletin%20Desafios%2011-WEB.pdf
63. UNICEF. 2016. Sueños rotos: El peligroso viaje de los niños centroamericanos a los Estados Unidos. [en línea] https://www.unicef.org/honduras/sue_os_rotos.pdf

64. UNIVERSIDAD NACIONAL DE LANUS, CENTRO DE DERECHOS HUMANOS. 2009. Estudio sobre los estándares jurídicos básicos aplicables a niños y niñas migrantes en situación migratoria irregular en América Latina y el Caribe. [en línea] Universidad Nacional de Lanus - UNICEF. p. 25. https://www.unicef.org/lac/UNICEF_MIGRACION_NINOS.pdf
65. VILLAFUERTE Daniel y GARCÍA María del Carmen. 2015. Crisis del sistema migratorio y seguridad en las fronteras norte y sur de México. [en línea] REMHU - *Revista Interdisciplinaria da Mobilidade Humana*, Brasília, Ano XXIII, N° 44, p. 83-98. <http://www.scielo.br/pdf/remhu/v23n44/1980-8585-REMHU-23-44-083.pdf>
66. VIROSTA Leticia. 2011. Niñez y adolescencia migrante: situación y marco para el cumplimiento de sus derechos humanos. Serie: Publicaciones sobre niñez sin cuidados parentales en América Latina: Contextos, causas y respuestas. Red Latinoamericana de Acogimiento Familiar.
67. YAKSIC Miguel. 2016. Servicio Jesuita Migrante plantea desafíos pendientes en derecho a la educación de niños migrantes. Revista acceso a la justicia. Migrante. N° 1. [en línea] Dirección de Asuntos Internacionales y Derechos Humanos de la Corte Suprema. p. 27 http://www.pjud.cl/documents/396533/0/Revista_digital-min.pdf/86753486-2974-4366-a6e7-06821222540f

Leyes

1. Chile. Departamento de Extranjería y Migración. Oficio Circular N° 1.179, 28 de enero de 2003.
2. Chile. Departamento de Extranjería y Migración. Oficio Circular N° 6.232, 26 de mayo de 2003.
3. Chile. Departamento de Extranjería y Migración. Resolución Exenta, 9 de abril de 2008.
4. Chile. Ministerio del Interior. Decreto Ley N° 1.094 Establece normas sobre Extranjeros en Chile, 19 de julio de 1975.

5. Chile. Ministerio de Justicia y Servicio de registro civil e identificación. 2014. Resolución Exenta 3.207 Instruye sobre anotación que indica, agosto 2014.
6. Chile. Ministerio de Salud. Oficio Ordinario N° A-14 3.229, 11 de junio de 2008.
7. Chile. Ministerio de Salud. Circular N° A-15 06, 9 de junio de 2015.
8. Chile. Ministerio Secretaria General de la Presidencia. Constitución Política de la Republica, 22 de septiembre de 2005.
9. Convención Americana de Derechos Humanos – OEA, San José, 22 de noviembre de 1969.
10. Convención Internacional sobre la protección de los Derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares – ONU: Asamblea General, Nueva York, 18 de diciembre de 1990.
11. Convención Sobre los Derechos del Niño – UNICEF, Nueva York, 20 de noviembre 1989.
12. Declaración Universal de Derechos Humanos - ONU: Asamblea General, París, 10 de diciembre 1948.
13. España. Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.
14. Estados Unidos. *Homeland Security Act of 2002*.
15. Estados Unidos. *Trafficking Victims Protection Reauthorization Act of 2003*.
16. Reglas de Brasilia sobre el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad.

Jurisprudencia

1. Corte Suprema Rol N° 3.867-2010 de 8 de junio de 2010.
2. Corte Suprema Rol N° 8.808-2010 de 15 de marzo de 2011.
3. Corte Suprema Rol N° 3.255-2012 de 22 de agosto de 2012.

4. Corte Suprema Rol N° 7.018-2012 de 14 de septiembre de 2012.
5. Corte Suprema Rol N° 66-2013 de 9 de enero de 2013.
6. Corte Suprema Rol N° 7.580-2012 de 22 de enero de 2013.
7. Corte Suprema Rol N° 400-2013 de 23 de enero de 2013.
8. Corte Suprema Rol N° 8.008-2012 de 11 de marzo de 2013.
9. Corte Suprema Rol N° 9.168-2012 de 11 de marzo de 2013.
10. Corte Suprema Rol N° 2.174-2013 de 18 de abril de 2013.
11. Corte Suprema Rol N° 300-2013 de 29 de abril del año 2013.
12. Corte Suprema Rol N° 3.813-2013 de 2 de junio de 2013.
13. Corte Suprema Rol N° 6.366-2013 de 3 de septiembre de 2013.
14. Corte Suprema Rol N° 4.108-2013 de 16 de septiembre de 2013.
15. Corte Suprema Rol N° 5.482-2013 de 26 de noviembre de 2013.
16. Corte Suprema Rol N° 9.422-2013 de 6 de enero de 2014.
17. Corte Suprema Rol N° 10.897-2014 de 14 de enero de 2014.
18. Corte Suprema Rol N° 12.551-2013 de 7 de marzo de 2014.
19. Corte Suprema Rol N° 14.657-2013 de 1 de abril de 2014.
20. Corte Suprema Rol N° 10.425-2014 de 7 de mayo de 2014.
21. Corte Suprema Rol N° 4.727-2014 de 19 de mayo de 2014.
22. Corte Suprema Rol N° 2.309-2015 de 19 de febrero de 2015.
23. Corte Suprema Rol N° 3.694-2015 de 23 de marzo de 2015.
24. Corte Suprema Rol N° 5.277-2015 de 24 de abril de 2015.
25. Corte Suprema Rol N° 8.759-2015 de 15 de julio de 2015.
26. Corte Suprema Rol N° 12.356-2015 de 2 de septiembre de 2015.

27. Corte Suprema. Rol N° 24.089-2015 de 22 de enero de 2016.
28. Corte Suprema Rol N° 1.888-2017 de 26 de enero de 2017.
29. Corte Suprema Rol N° 12.208-2017 de 18 de abril de 2017.
30. Corte Suprema Rol N° 16.754-2017 de 8 de mayo de 2017.
31. Corte Suprema Rol N° 19.208-2017 de 24 de mayo de 2017.
32. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Causa de las niñas Yean y Bosico con República Dominicana, de 8 de septiembre del año 2005.
33. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Causa Familia Pacheco Tineo con Estado Plurinacional de Bolivia, de 25 de noviembre de 2013.
34. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de personas dominicanas y haitianas, de 28 de agosto de 2014.
35. Tribunal Constitucional. Sentencia Rol N° 2.273-2012, de 4 de julio de 2013.